Nationalökonomisch-civilistische

Studien

von

H. Dankwardt,

Advocaten zu Rostock.

Mit einem Vorworte

von

Wilhelm Roscher.

Leipzig und Heidelberg.
C. F. Winter'sche Verlagshandlung.
1862.

Es ist ein alter Wunsch, der, wer weiß, wie spät, einmal in Erfüllung gehen wird: daß man doch einmal statt der endlosen Mannigfaltigkeit bürgerlicher Gesetze, ihre Principien aufsuchen möge; denn darin kann allein das Geheimniß bestehen, die Gesetzgebung, wie man sagt, zu simplificiren.

Kant.

Vorwort.

Wie die früheren Schriften, womit der geistvolle Verfasser einen neuen Schacht in das Bergwerk der Wissenschaft getrieben hat, so ist auch die vorliegende bestimmt, zwischen Volkswirthschaftslehre und Jurisprudenz eine gegenseitig befruchtende Verbindung einzuleiten. Indem ich nun, auf den übereinstimmenden Wunsch des Verfassers und Verlegers, eine Vorrede zu diesem Buche schreibe, will ich mich keineswegs mit allen Einzelheiten seines reichen und mannichfaltigen Inhalts einverstanden erklären. Ueber eine Menge rein civilistischer Fragen enthalte ich mich jeden Urtheils; und von dem Tadel, welchen der Verfasser gegen die bisherige Behandlung der Rechtsgeschichte ausspricht, wird Er selbst gewiß manche Ausnahme zugeben: ich erinnere nur an die vortrefflichen, unserem Verfasser in mehr als einer Hinsicht verwandten Arbeiten von Arnold.

Dagegen möchte ich im Folgenden einige anspruchs-

lose Betrachtungen anstellen über das gegenseitige Verhältniß von Nationalökonomik und Rechtswissenschaft, zumal über den Nutzen, den sie einander gewähren können. Dabei setze ich freilich die Hauptsache als bekannt voraus, daß keine Seite des Volkslebens erschöpfend kann verstanden werden ohne Verständniß des Ganzen, und das Ganze nicht ohne Kenntniß aller einzelnen Hauptseiten.

Recht und Wirthschaft sind zwei gleich ursprüngliche, gleich nothwendige, dem innersten Kerne der menschlichen Natur (insbesondere auch der Sittlichkeit, dem Gewissen,) gleich nahe Lebensgebiete. Und zwar sind die Gegenstände, welche von der Rechts- und von der Wirthschaftslehre behandelt werden, fast durchaus dieselben. Jener Verkehr der Menschen durch gegenseitige Leistungen, worauf die Wirthschaft die Befriedigung ihrer Bedürfnisse gründet, ist auch der Schauplatz und Anlaß der zahllosen Streitigkeiten, welche das Recht entweder zu verhüten oder zu schlichten sucht. Wie fast jedes Kapitel der vorzugsweise sogenannten Nationalökonomik im Civilrecht seine Parallele hat, so fast jede Lehre der Finanzwissenschaft ihre Parallele im Staatsrecht. Freilich wird derselbe Gegenstand von Rechts- und Wirthschaftslehre aus sehr verschiedenen Gesichtspunkten angesehen. Für die wirthschaftliche Auffassung ist immer die Rücksicht auf das menschliche Verkehrsbedürfniß Hauptsache, für die juristische Auffassung das „Mißfallen am

Streit" (Herbart). Hierdurch erklärt sich der scheinbare Widerspruch, der zwischen so mancher juristischen und volkswirthschaftlichen Definition desselben Begriffes obwaltet, und worauf der Unterricht, um den Zuhörer nicht zu verwirren, ernstliche Rücksicht nehmen muß.

So gilt im Lehnrechte bekanntlich der Lehnsherr als Eigenthümer des Lehngutes; der Vasall hat nur ein dingliches Recht daran. Beneficium ita datur, ut proprietas quidem rei immobilis penes dantem remaneat, ususfructus vero illius rei ad accipientem transeat. (II. Feud. 23, 2.) Umgekehrt ist für den Nationalökonomen der Vasall die bei Weitem wichtigere Person, wenigstens seit dem Erblichwerden der Lehngüter. Der Vasall befriedigt aus dem Lehngute unendlich viel mehr und regelmäßig wichtigere Bedürfnisse, als der Lehnsherr; so hängt auch die Befriedigung der Volksbedürfnisse im Allgemeinen viel mehr von der richtigen Benutzungsart des vasallischen, als des lehnsherrlichen Rechtes ab. Gleichwohl hat der juristische Standpunkt auf der entgegengesetzten Seite noch immer seine praktische Bedeutung: nämlich für gewisse Streitfälle, wo es darauf ankommt, daß einer Partei, dem Eigenthümer, alle denkbaren Rechte am Lehngute zustehen, welche dem andern Theile nicht ausdrücklich zugewiesen sind. Von großer Wichtigkeit z. B. nach dem Aussterben der Vasallenfamilie! Daß nun dieses principale Recht eben dem Lehnsherrn zusteht, kann geschichtlich aus dem Ursprunge des Lehnwesens gar leicht erklärt

werden; ebenso leicht, wie heutzutage das umgekehrte (nationalökonomische) Verfahren bei der Auflösung des ganzen Verhältnisses, wo die Allodificationsgesetze nicht dem Lehnsherrn gestatten, seinen Vasallen hinauszuzahlen, sondern umgekehrt. — Wo die volkswirthschaftliche und juristische Auffassung scheinbar mit einander streiten, da findet man eben regelmäßig, daß jene die jüngere ist: sehr natürlich, weil der Jurist durch seinen Beruf vorzugsweise auf die Auslegung von Gesetzen, Verträgen ꝛc., also auf die Vergangenheit gewiesen ist, der Nationalökonom auf die Erkenntniß und Befriedigung von Bedürfnissen, d. h. auf Gegenwart und Zukunft.

So spielt in der juristischen Begriffserklärung des Papiergeldes eine Hauptrolle der Zwangscurs desselben, der allerdings für den Augenblick jeden Streit über Annahme oder Nichtannahme beendigt. „Ein Papier, welches derjenige, der auf Geld ein Recht hat, nicht nehmen muß, sondern zurückweisen darf, ist kein Papiergeld; das Papiergeld hat seinem Begriffe nach einen Zwangscurs." (Thöl, Handelsrecht, I., §. 51.) Der nationalökonomischen Auffassung steht das bleibende und allgemeine Bedürfniß der Circulation im Vordergrunde, also die stete Einlösbarkeit des Papiergeldes mit selbständigen Werthen, (nicht bloß Creditwerthen!) Ihr ist ein Zwangscurs, der wirklich als solcher geltend gemacht werden muß, eine Krankheit des Papiergeldes. — Dieß führt auf einen tieferliegenden Unterschied der beiden Auffassungsweisen. Der Jurist

als solcher hat jedes rechtmäßige Gesetz, auch wenn er dessen Inhalt mißbilligt, principgetreu auszulegen und auf alle Streitfragen, welche darunter gehören, anzuwenden. Von seiner Seite würde jede Kritik des Gesetzes, die nicht etwa bloß auf dessen Einklang oder Widerspruch mit anderen Gesetzen ginge, schon ein Verlassen des rein juristischen Standpunktes sein, eine Hereinziehung politischer, nationalökonomischer &c. Gesichtspunkte. Der Nationalökonom hingegen, der immer an das Bedürfniß der verkehrenden Menschen denkt, kann als solcher gar nicht umhin, jedes von ihm behandelte Gesetz darauf anzusehen, ob es wirklich diesem Bedürfnisse entspricht.

Am auffallendsten zeigt sich, wie schon A. F. Riedel bemerkt hat, der scheinbare Gegensatz beider Anschauungsweisen beim Kapitaldarlehn. Der Jurist muß hier, um des Friedens willen, einen wesentlichen Unterschied machen zwischen der Verleihung fungibler und nichtfungibler Kapitalien; während der Nationalökonom die Wesentlichkeit dieses Unterschiedes nicht zugeben kann. Der Jurist also muß den Schuldner als Eigenthümer des geliehenen Geldkapitals ansehen, (appellata est mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: Paullus;) muß ihn die Gefahr desselben tragen lassen, weil sonst im Falle des Streites zwischen Gläubiger und Schuldner der böse Wille des letztern Ausflüchte vorschützen könnte, die bei der fungibeln Natur des Geldes niemals sicher zu widerlegen wären. Sobald freilich die Befriedigung des

Gläubigers unterbleibt, nicht wegen Böswilligkeit, sondern wegen Unfähigkeit des Schuldners, da zeigt sich sofort die Richtigkeit der nationalökonomischen Auffassung, welche den Gläubiger noch immer als Eigenthümer und Gefahrträger des verliehenen Kapitals betrachtet, und namentlich hieraus die ihm gebührende Zinszahlung erklärt. Es ist bekannt, welchen großen Fortschritt in volkswirthschaftlicher Hinsicht Claudius Salmasius dadurch gebahnt hat, daß er die juristisch wohlbegründete Lehre von der in der mutui datio liegenden Veräußerung bekämpfte. — Man könnte in solchen Fällen meinen, daß die Rechtswissenschaft bei der äußern Form der Sache stehen bliebe, während die Nationalökonomik es mit deren wesentlichem Inhalte zu thun hätte: wenn nicht der Gegensatz zwischen Form und Inhalt selbst ein so fließender wäre. Jede Wissenschaft stellt eben dasjenige in den Vordergrund, was für sie das Wesentliche ist.

Daß ein Jurist, um seiner Aufgabe zu genügen, volkswirthschaftliche Einsicht besitzen muß, wird heutzutage wohl Niemand bezweifeln, der nicht sehr hinter der Zeit zurückgeblieben ist. Die Stellung der Nationalökonomik zu den Rechtsgelehrten hat in dieser Hinsicht ganz ähnliche Phasen durchgemacht, wie die Stellung der Chemie und Physik zu den Aerzten. Vor hundert Jahren hielt die große Mehrzahl der Mediciner diese beiden Naturwissenschaften für eine Art von Curiosität, deren Nutzen auf ganz bestimmte Einzelzwecke be-

schränkt sei. Vor fünfzig Jahren gab man ihre Unentbehrlichkeit für den medicinischen Forscher bereits zu. Und heutzutage wird kein wissenschaftlicher Arzt mehr ohne sie ausgebildet! — Wie der Publicist nicht bloß staatsrechtlicher Kenntnisse bedarf, sondern auch politischer, (und finanzieller, d. h. nationalökonomischer!) so kann der Civilist der volkswirthschaftlichen Einsicht nicht entbehren.

So insbesondere jeder Forscher auf dem Gebiete des Civilrechts. Hier ist keine Forschung möglich ohne Rechtsgeschichte; die pragmatische Rechtsgeschichte aber, die mehr sein will, als eine äußerliche Zusammenstellung von Citaten, setzt ein lebendiges Verstehen der menschlichen Bedürfnisse voraus, deren streitlose Befriedigung die Gesetze und übrigen Rechtsanstalten bezweckt haben, und mit deren Veränderung auch im Großen und Ganzen die Veränderung der Gesetze &c. parallel läuft. Die Juristen sprechen so oft von einer Selbstentwickelung der Rechtsinstitute, gerade wie die Theologen oder Philosophen von einer Selbstentwickelung der Dogmen oder Ideen. Man täusche sich aber nicht über die rein bildliche Natur dieser Ausdrücke, die immer von einer starken Abstraction des in seinen Stoff versenkten Forschers zeugen. In der Wirklichkeit sind es doch immer nur die Menschen, von und in welchen die Rechtsinstitute, Glaubenssätze und Philosopheme gebildet und verändert werden. Was diese Menschen dabei gedacht und empfunden, erstrebt und er-

reicht haben, das ist der Gegenstand der historischen Forschung; und in Bezug auf das Civilrecht fällt er, wie schon gesagt, zum überwiegenden Theile zusammen mit der Entwickelung der volkswirthschaftlichen Bedürfnisse und Befriedigungsmittel. — Ebenso leuchtet ein, wie der Gesetzgeber, um segensreich zu wirken, das genaueste Verständniß aller menschlichen Bedürfnisse und aller Mittel, wodurch sie befriedigt werden können, besitzen muß, wenn er es unternehmen will, ihre Befriedigung auf eine unstreitige Art zu reguliren. Ohne dieses Verständniß wird seine Gesetzgebung sicher keine nachhaltige sein; ja, es ist sehr die Frage, ob sie überhaupt mehr sein kann, als eine bloß papierne. — Aber selbst von der bescheidenern Sphäre des Richters und Anwaltes gilt etwas ganz Aehnliches. Man hat nie bezweifelt, daß selbst der gelehrteste Jurist, um wahrhaft nützlich zu sein, praktischer Lebenserfahrung bedarf. Er muß die menschlichen Verhältnisse, die er als Anwalt im friedlichen Streite vertheidigen, als Richter auf unanfechtbare Weise entscheiden soll, auch „praktisch" kennen, d. h. in ihrem Hervorgehen aus menschlichen Bedürfnissen und in ihrer Rückwirkung auf menschliches Wohl und Wehe. Soll der Jurist diese praktische Kenntniß lediglich aus eigener Erfahrung nehmen: wie spät, wie lückenhaft, mit welchem theuern Lehrgelde für ihn selbst, oder doch für seine Clienten 2c. wird sie erlangt werden! Zum Glück ist das aber auch gar nicht nöthig. Wir haben eine Wissenschaft, die in systematischer,

d. h. für den Unterricht wohl geeigneter Form den größten Theil jener praktischen Lebenskenntniß zusammenfaßt: das ist eben die Nationalökonomik!

Auch die altrömischen Juristen verdanken ihre klassische Vortrefflichkeit zum Theil ihrer Einsicht in volkswirthschaftlichen Dingen. Man ist heutiges Tages gewohnt, diese letztere Seite ihres Verdienstes gering zu schätzen; relativ jedoch, im Vergleich mit der übrigen Nationalökonomik des Alterthums, war sie durchaus nicht gering. Zur Gründung der römischen Weltherrschaft haben die wirthschaftlichen Eigenschaften der Römer vielleicht ebenso viel beigetragen, wie die politischen und militärischen: wie denn überhaupt keine nachhaltige, d. h. wahre Staats- und Kriegsmacht ohne tüchtige wirthschaftliche Unterlagen bestehen kann. Ich erinnere beispielsweise an den streng berechnenden Ordnungssinn der Römer, der zwar einem Horaz (A. P. 325 ff.) mißfiel, auf dem aber die schon in Cicero's Zeit so wohlthätig entwickelte Macht der römischen Buchhaltung beruhete. Ferner an die Vortrefflichkeit des Creditwesens, das Polybios (VI, 56. XXXII, 13.) so hoch über das gleichzeitige karthagische erhebt. An die frühzeitige Abstreifung der meisten, auf mittlerer Kulturstufe gewöhnlichen Eigenthumsschranken, wodurch im Guten wie im Bösen Roms Entwickelung zur Reife so mächtig beschleunigt wurde. An die hohe Bedeutung der rationellen Landwirthschaft und ihrer, noch jetzt bewunderungswerthen, Literatur. Endlich auch an die

unverkennbar nationale Fähigkeit und Neigung der Römer zu großen Unternehmungen, was sich ebenso gut in ihren Bankiergeschäften und Wegbauten, wie in ihren Staats- und Kriegshändeln äußert. Von alle Diesem waren die klassischen Juristen gleichsam die geistigen Erben, und jedenfalls die volksthümlich originalsten, systematischesten und praktischesten Männer, die sich in Rom mit wirthschaftlichen Fragen beschäftigt haben. Gewiß nicht ohne theoretischen Erfolg, wovon u. A. die berühmte Stelle des Paullus über die Natur des Geldes (L. 1 pr. Dig. XVIII, 1.) ein so glänzendes Zeugniß ablegt.

Nicht weniger bedeutsam ist der Nutzen des Rechtsstudiums für Theorie und Praxis der Volkswirthschaftslehre. Wie die große Mehrzahl der Rechtsgeschäfte einen wirthschaftlichen Inhalt und Zweck hat, so muß beinah jede wirthschaftliche Handlung gewisse Rechtsformen voraussetzen. Nun soll zwar jeder selbständige Mensch verstehen, sich in solchen Rechtsformen zu bewegen: allein der Jurist als solcher ist Meister darin. Dieß gilt namentlich von dem Verständniß und der Auslegung der Gesetze. Und welch unermeßliche Bedeutung haben die Gesetze in jedem hochkultivirten Staate nicht bloß für die praktische Entwickelung der Volkswirthschaft, sondern schon für die bloße Erkenntniß ihrer Zustände! Selbst auf den niederen Kulturstufen, wo der Einfluß der Gesetzgebung extensiv und intensiv geringer ist, so z. B. im Mittelalter der neueren Völker,

verdanken wir unsere Kenntniß des volkswirthschaftlichen Lebens zum weit überwiegenden Theile Quellen juristischer Art und neueren rechtshistorischen Untersuchungen.

Hierzu kommt der große methodologische Nutzen, welchen das Durchmachen einer guten juristischen Schule dem Volkswirthe gewährt. Schon der Hauptzweck seines Faches, Streitigkeit zu verhüten oder zu schlichten, zwingt den Juristen zur genauesten Abwägung seiner Worte. Daher pflegen sich die guten juristischen Begriffserklärungen und Distinctionen ebenso sehr durch Schärfe und Klarheit auszuzeichnen, wie die guten philosophischen durch Tiefe. Das Ideal der Definirkunst würde erreicht werden durch Vereinigung beider Eigenschaften, die leider nur allzu oft einander ausschließen. Nun ist es aber gerade für die historische und praktische Behandlung der Volkswirthschaftslehre mit ihrem Streben nach lebendiger Fülle besonders schwer, gute Definitionen zu machen; sie gewinnt daher besonders viel bei der Selbstcontrole durch juristische „Trockenheit", d. h. Schärfe. Wie schon Leibnitz der Rechtswissenschaft ein gewisses „Rechnen mit Begriffen" zugeschrieben hat, so bildet, meine ich, das juristische Studium für alle Wissenschaften vom Volksleben eine ähnlich wichtige und heilsame Vorschule, wie die reine Mathematik für alle Naturwissenschaften. Ich wenigstens bekenne offen, daß mir in meiner Studentenzeit keine staatswissenschaftliche oder nationalökonomische Vorlesung auch nur von ferne so viel Nutzen gebracht hat,

wie die deutsch-rechtlichen Vorlesungen von Albrecht. Es ist darum kein bloßer Zufall, geschweige denn ein Umweg, daß sich unsere deutsche Volkswirthschaftslehre aus den sogenannten Cameralien, und diese wieder aus der Rechtswissenschaft herausentwickelt haben.

Daran knüpft sich schließlich noch eine wichtige Rücksicht auf die praktische Ausübung der Volkswirthschaftslehre. Ich bin gar kein Freund davon, die künftigen Verwaltungsbeamten in abgesonderten „staatswirthschaftlichen" Facultäten auszubilden. Zwar das praktische Genie bedarf keiner schulmäßigen Anleitung zur Praxis. Für gewöhnliche Menschen aber ist es entschieden der kürzeste Weg, um die vorzugsweise sogenannten „Geschäfte" „praktisch" auffassen zu lernen, wenn sie entweder eine kaufmännische, oder eine juristische Schule durchmachen. Nun darf Niemand die erstere unterschätzen, mit ihrer stets klaren Uebersicht von Soll und Haben, ihrer Vorausberechnung aller eigennützigen Triebfedern auf Seiten der Menschen, mit welchen man zu thun hat. In jedem größern Finanzministerium sollte wenigstens Ein gelernter Kaufmann sein, und das gesammte Rechnungs- und Kassenwesen des Staates kann noch sehr viel lernen von gut eingerichteten Privatcomptoirs. Allein für die große Mehrzahl der Verwaltungsämter wird man gewiß keine kaufmännische Bildung wünschen; ebenso wenig, wie z. B. eine militärische. Für Männer, deren Amt es ist, Menschen gesetzlich zu regieren, besteht sicher die beste

Schulung zur „Praxis“ in der juristischen Gewohnheit, zwischen den Klippen widerstrebender Willen das schmale, von beiden Seiten anerkannte Fahrwasser des Rechtsweges aufzusuchen. Alles „praktische“ Gebahren beruhet doch am Ende darauf, daß man die Hindernisse richtig vorausberechnet hat, welche sich der Verwirklichung einer Idee entgegenstellen. Und Rechtsgründe der Gegner sind doch Gottlob, wenigstens bei tüchtigen Völkern, immer eins der vornehmsten solcher Hindernisse.

So glaube ich denn, mit Einem Worte, Jurisprudenz und Nationalökonomik zwei vollbürtige Schwestern nennen zu dürfen, gleich nah der gemeinsamen Mutter — Wahrheit, und dem gemeinsamen Arbeitsgebiete — Volks- und Menschheitsleben. Jede ist selbständig in ihrem Princip, und bedarf doch zu dessen rechter Ausführung der andern. Die Rechtswissenschaft ohne Volkswirthschaftslehre kommt nur zu leicht auf solche Ausartungen, wovor die Sprüchwörter warnen: Fiat justitia, pereat mundus! Summum jus summa injuria! Aber es ist nur die entgegengesetzte Einseitigkeit und ebenso falsch, wenn man das Recht als bloßes Mittel zur guten Einrichtung der Volkswirthschaft betrachten wollte. „Wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Werth mehr, daß Menschen auf Erden leben.“ (Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, S. 181.)

In diesem Sinne lade ich den Leser ein, wie die früheren umfangskleinen, aber inhaltsschweren Arbeiten

des Verfassers, — „Die Negotiorum gestio“, Rostock 1855; „Nationalökonomie und Jurisprudenz“, 3 Hefte, Rostock 1857 und 1858; — so auch die vorliegende neue mit demjenigen Ernste, dessen sie würdig ist, zu studieren.

Universität Leipzig, März 1862.

Wilhelm Roscher.

Vorrede.

Die günstige Aufnahme, welche meine, unter dem Titel „Nationalökonomie und Jurisprudenz" erschienenen Abhandlungen bei Vielen gefunden haben, ist die Veranlassung gewesen zu den nationalökonomisch-civilistischen Studien, die ich hier übergebe. Ich habe versucht: 1) diejenigen Institute des Civilrechts zusammenzustellen, welche zur Begründung und Beförderung des Credits dienen; 2) in der Nationalökonomie den gemeinsamen Gedanken zu finden, durch welchen das römische Vertragsrecht und eine Reihe von Instituten des deutschen Privatrechts sich zu einem systematischen Ganzen vereinigen; 3) mit Hilfe der Nationalökonomie in der Lehre von der Communio einzelne Begriffe aufzuhellen, und den Zusammenhang zu zeigen, in welchem eine Menge von Rechtssätzen mit einander stehen, die in den Lehrbüchern des Civilrechts als zusammenhangslos behandelt und weit von einander getrennt sind; 4) die rechtlichen Mittel zu erörtern, welche darauf abzwecken, der unproductiven Zerstörung von Capitalien und Arbeitskräften vorzubeugen. Endlich habe ich

5) die Institute des Civilrechts besprochen, welche als unmittelbarer Ausfluß sittlichen Gefühls zu betrachten sind und mit der Nationalökonomie nur indirect in Beziehung stehen. Es schien mir indessen unumgänglich nothwendig, um einzelnen gewichtigen Bemerkungen der Kritik zu begegnen, eine ausführliche Erörterung der Principien des Civilrechts überhaupt und der ökonomischen Principien desselben insbesondere, sowie eine Widerlegung der hauptsächlichsten Einwendungen, welche die vorliegenden Studien nicht minder treffen, wie die früher gelieferten Arbeiten, vorauszuschicken.

Die in den Noten kurzweg citirten „Hefte" sind meine unter dem Titel „Nationalökonomie und Jurisprudenz" veröffentlichten Abhandlungen.

Rostock im November 1861.

Der Verfasser.

Inhalt.

		Seite
Vorwort von Wilhelm Roscher		III
Vorrede vom Verfasser		XVII
Die Principien des Civilrechts. Antikritik		1
I.	Die allgemeinen Bedingungen des Credits und die speciellen Institutionen zur Beförderung des Credits	35
II.	Vom Werth. Gemeinschaftliche Werthe. Communio und deren Aufhebung	65
III.	Industrie und Verkehr. — Das Recht der Industrie und das Verkehrsrecht	89
IV.	Consumtion der Güter	98
V.	Einfluß der Sittlichkeit auf die Entwickelung des Rechts	117
Anhang.		
I.	Die logische und mathematische Seite des Civilrechts	125
II.	Natur und Recht. Gewohnheit und Gewohnheitsrecht	161

Nationalökonomisch-civilistische

Studien.

Das Wort „Princip" oder „Grund" hat eine vierfache, specifisch verschiedene, Bedeutung. Es giebt erstens einen Grund des Werdens, welcher Ursache genannt wird; diese Bedeutung hat das Wort „Grund", wo es sich um die Veränderungen in der anorganischen Natur handelt. Zweitens: einen Grund des Sein's; diese Bedeutung hat das Wort, wo es sich um Raum- und Zeitverhältnisse handelt. Drittens: einen Grund des Erkennens d. h. einen logischen Grund; diese Bedeutung hat das Wort, wo es sich um abstracte Begriffe, daraus gebildeter Urtheile und richtiger Schlußfolgerung aus ihnen handelt. Viertens endlich: einen Grund des Handelns d. h. Motiv. Es giebt also physische, mathematische, logische und ethische Gründe.

Die Entstehung eines Rechtssatzes beruht nun auf dem menschlichen Willen, — des Volks oder des Gesetzgebers; der Rechtssatz, mithin das Recht als Complex geltender Rechtssätze, fällt also unter den Begriff der Handlung. Die Principien des Rechts sind daher nur Motive d. h. Zwecke. Die Rechtsprincipien aufsuchen heißt demnach: — die Motive oder Zwecke des Gesetzgebers oder des in dem Gewohnheitsrecht sich manifestirenden Volkswillens aufsuchen. Diese Zwecke sind entweder egoistische oder sittliche und die letzteren kann man unter den Ausdruck „öffentliche Wohlfahrt", — „salus publica" zusammenfassen.

Es scheint demnach, als ob es für das Recht nur ethische Gründe gäbe. Allein dagegen ist Folgendes zu erwägen.

Die Staatsgesellschaft bildet einen Organismus, wie der menschliche; es ist keine bloße Metapher, von einer Physiologie des Staatskörpers zu reden; dieser Organismus erzeugt Gesetze, welche mit derselben eisernen Nothwendigkeit wirken, wie Natur-Gesetze, und den Erlaß, die Abänderung, und Aufhebung von Rechtsvorschriften mit dictatorischer Gewalt verlangen, so daß dem Gesetzgeber keine Wahl bleibt, zu thun und zu unterlassen: — er wird genöthigt. Wo aber Zwang gegen den Gesetzgeber vorliegt, da kann der Rechtssatz nicht mehr als ein Act des Handelns angesehen werden, sondern man muß ihn, wie Veränderungen in der unorganischen Natur, als eine objectiv gewordene Erscheinung, die nicht auf ein Motiv, sondern auf ihre Ursache zurückzuführen ist, betrachten. Diese Ursachen lehrt die Nationalökonomik, welche man füglich als Physiologie des gesellschaftlichen Organismus bezeichnen kann.

Die beiden großen Ursachen, auf welche die große fundamentale Rechtsverschiedenheit im Leben eines Volks zurückzuführen ist, sind: — die wirthschaftliche Isolirtheit des Einzelnen und die Arbeitstheilung in der Gesellschaft, und die mit jenem Zustande verbundene Rohheit, nnd und mit diesem Zustande anhebende Cultur. Hierauf beruht die entschiedene Aehnlichkeit [1]) im Rechte des römischen und deutschen Mittelalters; hierauf die Möglichkeit der Reception des römischen Rechts in Deutschland. Aus der Allmählichkeit des Uebergangs

[1]) Es giebt keinen „principiellen Unterschied des römischen und deutschen Rechts". Es giebt nur einen principiellen Unterschied des altrömischen und des Justinianeischen Rechts, und eine principielle Gleichheit des Rechts für das Mittelalter beider Völker.

von dem einen Zustande in den andern und der nur allmähligen weiteren Entwicklung der Arbeitstheilung erklärt sich ferner, warum die Reception des Justinianeischen Rechts ein continuirlicher Act war, d. h. warum die Anwendbarkeit der Sätze dieses Rechts und damit die Kenntniß desselben in Deutschland nur allmählich wuchs. Hieraus erklärt sich ferner die Universalität des römischen Rechts d. h. die Wahrheit, daß das römisch Justinianeische Recht die Grundlage des Rechts aller civilisirten Völker der Gegenwart sein und bleiben muß. Hieraus erklärt sich endlich, warum heut zu Tage für uns das Justinianeische Recht nicht mehr ausreicht, während es den Deutschen im Mittelalter einen überreichlichen Schatz an Rechtssätzen lieferte: — Deutschland hatte damals den Entwicklungspunct noch nicht erreicht, den das byzantinische Reich zur Zeit Justinians erreicht hatte, während die modernen Völker dieses Stadium der Entwicklung längst hinter sich haben.

Es giebt also nicht blos Motive zu Rechtssätzen, sondern auch Ursachen von Rechtssätzen, nicht blos ethische, sondern auch physiologische d. h. nationalökonomische Principien des Rechts. Der weise Gesetzgeber wird nicht abwarten, bis er durch den Drang der Verhältnisse genöthigt wird, sondern stets wachsam sein, voraussehen und aus eigner Entschließung thun, was über kurz oder lang die Umstände statt seiner thun würden [2]). Das Gebiet der Ursachen im Rechte eines Volks wird desto kleiner, das Gebiet der Motive desto größer sein, je weiser und umsichtiger seine Gesetzgebung ist. Um Mißverständnisse zu verhüten, müssen wir hier folgende Bemerkung

---

[2]) Ein eclatantes Beispiel vom entgegengesetzten Fall ist die Reception des röm. Rechts in Deutschland.

hinzufügen. In der unorganischen Natur findet man die Ursachen der Erscheinungen nur auf empirischen Wege und die gefundene hat keine apodictische Gewißheit. Anders bei den Ursachen, welche Veränderungen im Rechtszustande hervorrufen. Wo die factischen Verhältnisse Rechtssätze erzeugen, sind es im Grunde doch immer die Menschen, welche dies bewirken. Die große Menge, vom Egoismus getrieben, fordert den Rechtssatz und wirkt entweder auf den Gesetzgeber oder bringt ihn als Gewohnheitsrecht zur Existenz. Daher werden wir hier die Ursachen der Rechtsveränderung mit apodictischer Gewißheit ergründen können, nämlich im Wege der Teleologie, welche von den Forschungen im Gebiete der Natur ausgeschlossen ist. Das Verfahren um auf teleologischen Wege hier zur Gewißheit zu gelangen, werde ich weiter unten angeben [3]).

Es ist ferner außer Zweifel, daß die aus den Rechtssätzen abstrahirten Rechte als Größen aufgefaßt werden können und aufgefaßt worden sind. So das Verhältniß der jura in re zu dem vollen Eigenthum an einer Sache, ferner einzelner Servituten, z. B. die serv. actus, viae, itineris zu einander. Es giebt Rechtssätze, welche sich über dieses Größenverhältniß der Rechte zu einander aussprechen und aus der Auf-

[3]) Man wird nur zu leicht mißverstanden; sonst wäre es unnöthig zu bemerken, daß es etwas ganz Anderes sei, die Rechtssätze oder die Rechte als etwas Werdendes, sich Veränderndes und Untergehendes zu betrachten. Es ist dies Letztere Nichts weiter, als eine bildliche Vorstellung, — eine analoge Anwendung des Causalitäts-Gesetzes von der realen Natur auf die ideellen Dinge, welche man Rechte nennt. Die Gründe, weshalb Rechte entstehen und untergehen, brauchen nicht erforscht zu werden; sie sind in den Rechtssätzen fest bestimmt. Wohl aber ist das „Warum“ für die Entstehung, Veränderung und der Untergang von Rechtsvorschriften Gegenstand der Forschung.

fassung der Rechte als Größen entsprungen sind, die also weder auf eine objective Ursache, noch auf ein Motiv des Gesetzgebers zurückzuführen, sondern mathematische Nothwendigkeiten sind, also sich von selbst verstehen, d. h. deren Grund in Nichts weiter, als in der uns a priori inwohnenden Fähigkeit, Größenverhältnisse zu erkennen und zu beurtheilen, zu suchen ist[4]). Hierher gehören Rechtssätze, wie: Qui habet iter, non habe actum; in eo quod plus sit semper inest et minus; nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet; etc. Es giebt also auch mathematische Principien des Rechts. Wenn nicht zu bezweifeln ist, daß man eine tiefere Einsicht in jede Wissenschaft gewinnt, wenn man ihre Theile nach dem Gesetz der Homogeneität sowohl als nach dem der Specification betrachtet, so dürfte es für die Einsicht in die Jurisprudenz ersprießlich sein, einmal die mathematische Seite derselben auszuscheiden und für sich darzustellen.

Endlich giebt es Rechtssätze, welche durch logische Schlußfolgerung aus andern Rechtssätzen entwickelt sind. Man erkennt also Sätze als Rechtssätze aus einem logischen Grunde, oder — was dasselbe ist — es können Rechtssätze ihren Grund in der Form unseres Denkens haben, — in den uns a priori inwohnenden Denkgesetzen. Die Logik nimmt die auf physiologischen, ethischen und mathematischen Principien beruhenden Rechtssätze als Material und entwickelt durch Vergleichen und Schließen weitere Rechtssätze. Diese deducirten

---

4) Sie beruhen auf Intuition und bedürfen nicht der Deduction, wie die Rechtssätze, welche auf ökonomischen oder ethischen Principien beruhen. Alle Rechtssätze, welche durch die Jurisprudenz entwickelt sind, bestehen nicht bloß aus deducirten, sondern auch aus intuitiven Sätzen. Letzteres hat die Theorie bei der Erörterung des Juristen-Rechts bisher gänzlich übersehen.

Rechtssätze sind nur insofern neu, als wir sie uns durch Schlußfolgerung zum Bewußtsein bringen; denn implicite wußten wir sie schon vorher. Eine separate Darstellung aller auf Deduction beruhender Rechtssätze ist unmöglich, da die Zahl der zum Zwecke der Schlußfolgerung möglichen Combinationen unendlich ist.

Ein Complex von Rechtssätzen, in welchem sich alle vier Elemente klar von einander absondern lassen, ist des Erbrecht. Alle Einrichtungen, die darauf abzielen, das Vermögenssubject juristisch unsterblich zu machen, haben einen nationalökonomischen Grund; die Auffassung der hereditas als Einheit hatte einen mathematischen Grund; zu den Sätzen, die einen logischen Grund haben, gehört z. B. das Acrescenzrecht; das Erbrecht überhaupt beruht auf einem ethischen Grunde. Aber auch in andern Lehren sondern sich diese vier Elemente klar und bestimmt von einander ab. Ich nenne z. B. die Lehre von den Prädial-Servituten. Der Begriff dieses Rechtsinstituts beruht auf einem ökonomischen Grunde; die daraus deducirten Rechtssätze haben einen logischen Grund; daß derjenige, welcher die servitus viae hat, auch die s. itineris hat, beruht auf einem mathematischen Grunde; daß endlich bei der Constituirung der Servitut auch die stillschweigende Meinung des Constituenten berücksichtigt[5]), für die Ausübung der Servitut die reine Chicane des Dominus rechtlich nicht geschützt wird[6]) und der Satz: Pacta sunt servanda seinen Einfluß ausübt[7]) — beruht auf einem ethischen Grunde.

---

[5]) L. 13. pr. D. d. serv. praed. rusticorum. (8. 3): — Si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria.

[6]) Es wäre eine bloße Chicane des Dominus dem, der an seinem Grundstück eine serv. viae hat, zu verbieten, auf dieser via Steine und Bauholz zu schleifen. L. 7. eod.

[7]) L. 11. eod. — — Benignius dicetur, eos, qui cesserunt, vetare uti cesso jure non posse.

Die Hauptmasse der Rechtssätze hat ethische Gründe, beruht also auf Motiven. Diese sind, von den rein egoistischen abgesehen, — zwiefacher Natur. Erstens: der Gesetzgeber erkennt in dem Staatsorganismus ein Uebel, erforscht dessen Ursache und giebt ein Gesetz, welches den Zweck hat, die Ursache und damit das Uebel zu beseitigen. Die Wissenschaft nun, welche uns die Pathologie, die Therapie und die Diäthetik des gesellschaftlichen Organismus liefert, ist die Nationalökonomie. Sie macht den Gesetzgeber aufmerksam auf die hervortretenden Uebel, zeigt ihm die Ursache desselben, und giebt seiner Reflexion die Mittel an die Hand, es zu entfernen. Je weniger er mit dieser Wissenschaft vertraut ist, desto mehr wird er im Dunklen tappen, desto unsicherer und mangelhafter wird sein Verfahren sein. Hierauf beruht größtentheils alle Rechtsgeschichte[8]). Der Gesetzgeber verkennt die Ursache des Uebels, oder vergreift sich in dem Mittel es zu heilen; durch die Erfahrung über seinen Irrthum belehrt, experimentirt er weiter und weiter, macht Zusätze und Abänderungen, bis das Gesetz den nöthigen Grad von Vollkommenheit erreicht. Dies hat bei den Römern oft Jahrhunderte lang gedauert. Ein recht anschauliches Bild hievon habe ich in der geschichtlichen Entwicklung der negotiorum gestio gegeben. Jedermann muß demnach begreifen, daß man umgekehrt von gegebenen Rechtssätzen, z. B. des römischen Rechts, die Motive oder Zwecke mit Hilfe der Nationalökonomie aufsuchen und finden kann. Man hat gezweifelt an der Sicherheit der Resultate dieses

---

[8]) Die Rechtsgeschichte beruht 1) auf der Veränderung der factischen Verhältnisse, welcher die Entwicklung des Rechts folgen muß, und enthält soweit ein Abbild der Geschichte jener; 2) auf dem ursprünglichen Irrthum des Gesetzgebers und ist insoweit eine Geschichte legislatorischer Kurzsichtigkeit und Verirrung.

Verfahrens, an der apodictischen Gewißheit der auf diesem Wege gefundenen Principien, und gefürchtet, daß auf diesem Wege das Recht in das Gebiet der Willkühr gezogen werde. Sowohl der Zweifel als die Furcht ist unbegründet, aber erklärlich, weil denen, die da zweifeln und fürchten, die nöthigen Kenntnisse abgehen. „Nihil certe aeque facit hominem multa suspicari, ac parum scire". Ich will in aller Kürze angeben, wie ich es mache, um das Motiv oder den Zweck (ratio) eines Rechtssatzes zu finden. Ich streiche den Rechtssatz aus, betrachte ihn als nicht vorhanden und untersuche nun mit Hilfe volkswirthschaftlicher Einsicht, welche Uebelstände dadurch im gesellschaftlichen Organismus entstehen. Diese ergeben sich in den meisten Fällen leicht und stets mit apodictischer Gewißheit. Dann habe ich aber gleichzeitig den Zweck oder die ratio des Rechtssatzes gefunden. Ein Probirstein ist der Einklang oder Widerspruch anderweitiger Rechtssätze mit der gefundenen ratio. Ergeben sich gar keine Uebelstände, — kann also der Rechtssatz gestrichen werden ohne allen Nachtheil, so hat er eben keine ratio z. B. die Vorschrift, daß zu einem gültigen Privat-Testamente nicht weniger als 7 Zeugen gehören. Ergeben sich Vortheile, wenn der Rechtssatz aufgehoben wird, — wie dies bei den Wuchergesetzen, der lex Anastasiana, den Bestimmungen über laesio enormis der Fall ist: so ist der Rechtssatz contra rationem und es hat überall kein Interesse, nach der Absicht d. h. dem Irrthum [9]) des Gesetzgebers zu forschen. Ich mache

[9]) In solchen Fällen liegt indessen nicht immer ein legislatorischer Irrthum vor; der nutzlose oder gar nachtheilige Rechtssatz kann ein historisches Ueberbleibsel sein, und sein Fortbestand auf Gewöhnung, Schlendrian, legislatorischer Trägheit beruhen. Ist die Nutzlosigkeit oder die Schädlichkeit des Rechtssatzes nachgewiesen: so ist es gut, ihn historisch zu erklären, weil dadurch jener Nachweis eine bedeutende Stütze erhält.

es also, wie der Physiologe, welcher wissen will, welchen Zweck im thierischen Organismus ein bestimmter Nerv hat: — er schneidet den Nerv durch, und, wenn er dann findet, daß das Thier fortan keinen Geschmack, oder keine Empfindung in einem Körpertheile mehr hat, oder unfähig geworden ist, ein Glied zu bewegen: so wird doch Niemand zweifeln können, daß er mit apodictischer Gewißheit den Zweck des Nerven angeben kann. Ich habe die Sicherheit dieser Operation nirgends deutlicher gezeigt, als in meiner Abhandlung der negotiorum gestio, wo ich auf dem angegebenen Wege das Princip des Rechtsinstituts leicht und einfach auffand. Glücklicherweise fand ich nachträglich für Diejenigen, welche sich durchaus an einer Corpus-juris-Stelle erwärmen müssen, mein Princip in Justinians Institutionen bestätigt. Die geschichtliche Entwicklung eines Rechtssatzes ist ohne jenes Verfahren überhaupt unmöglich, wenn man nicht unter Geschichte ein zusammenhangsloses, dürres Aggregat chronologisch an einander gereihter Data versteht [10]). Es ergiebt sich, daß die N.-O. nicht bloß dazu dient, die Ursachen von Rechtssätzen und Rechtszuständen zu ermitteln, sondern auch die Motive des Gesetzgebers, daß also auch die ethische Seite des Rechts großentheils in der N.-O. wurzelt. Die Motive der Gesetzgebung, von denen hier die Rede ist, haben alle das Eigenthümliche, daß, wenn sie auch im Gemüthe

---

[10]) Das hier dargestellte Verfahren ist die bekannte baconische Experimental-Methode, angewandt auf die Jurisprudenz. Mit diesem förmlichen Verfahren nach Grundsätzen ist nicht zu verwechseln das bloße Naturalisiren, d. h. das Forschen nach der ratio legis mittelst des sog. gesunden Menschen-Verstandes. Diese Verwechslung ist es, welche alles Forschen nach der ratio der Rechtssätze in Mißcredit gebracht hat. Daß die Resultate des „gesunden Menschen-Verstandes" rein subjectiv, also unsicher sind, ist unzweifelhaft.

des Gesetzgebers entspringen, indem sie die Wohlfahrt der Gesellschaft bezwecken, doch nicht unmittelbar, sondern erst durch das Medium des Verstandes wirken. Das Gesetz entsteht planmäßig. Es giebt aber auch zweitens Rechtssätze, welche als die unmittelbare Wirkung des Motivs erscheinen, — der reine Ausfluß philanthropischen Gefühls sind. Dahin gehört beispielsweise die rechtliche Berücksichtigung des Kindesalters, der Unmündigkeit, der minor aetas, der Kranken, Gebrechlichen, der Armuth, der natürlichen Leichtfertigkeit des Weibes, die Berücksichtigung mangelhafter Bildung, der krankhaften Sucht zur Verschwendung, des Irrthums bei Rechtsgeschäften, ja des Rechtsirrthums, das ganze Institut der Tutel und Curatel, das Pflichttheilsrecht, die gesetzliche Vertheilung der Erbschaft nach der präsumptiven voluntas des Testators ꝛc. Eine eigne Classe der hierher gehörigen Rechtssätze bilden diejenigen, welche eine rechtliche Anerkennung und Berücksichtigung der jedem Menschen von Natur in stärkeren oder schwächerem Grade inwohnenden Gefühle [11]) aussprechen und die Absicht haben, die Verletzung derselben auszuschließen. Dahin gehört die Revocabilität der Schenkung wegen Undanks; die rechtlichen Bestimmungen über res sacrae, sanctae und religiosae; manche Enterbungsgründe; der Grundsatz: Pacta sunt servanda, und: is natura debet, cujus fidem secuti sumus; die Bestrafung der Verläumdung und die actio injuriarum wegen Verletzung des Selbstgefühls. Die solchen Rechtssätzen zu Grunde liegenden sittlichen Principien erkennt Jedermann ohne Weiteres und bedarf es zu ihrer Auffindung keiner besondern Hülfswissenschaft. — Rechtssätze,

[11]) Zahl und Eigenthümlichkeiten derselben lehrt die Psychologie. Vgl. unten die V. Abhandlung.

welche die natürlichen Triebe des Menschen anerkennen, giebt es nicht, weil das Recht positiv und der Natur gegenüber stets einschränkend ist. Es giebt kein Recht zur Ehe, sondern nur eine rechtliche Beschränkung der Ehe auf Monogamie und bestimmte Formen; es giebt kein Recht zu den Handlungen, zu welchen die natürliche Kindesliebe die Eltern treibt, sondern nur rechtliche Einschränkung der Natur in dieser Beziehung; es giebt kein Recht der Selbsthilfe, sondern nur rechtliche Einschränkung in der Ausübung dieses natürlichen Triebes. Was der Natur an freiem Spielraum übrig gelassen ist, kann überall nicht den Character des Rechts haben. Aber es giebt einen rechtlichen Schutz gegen weitere willkührliche Beschränkungen von Seiten Dritter [12]). Dergleichen Einschränkungen der Natur durch das Recht und ein solcher Schutz gegen weitere willkührliche Einschränkungen haben stets einen ethischen Grund; ob ihnen ein sittlicher Gedanke zu Grunde liegt, erkennt man von selbst, — ob daneben auch ein national-ökonomischer, ergründet man durch das oben angegebene Verfahren.

Da die Rechtssätze, also auch die des Civilrechts, nach der bisherigen Erörterung theils auf ökonomischen, theils auf ethischen, theils auf mathematischen, theils auf logischen Principien beruhen: so bildet es vier Complexe, von denen drei ganz heterogener Art sind, — deren weitere Vereinigung also unter ein einziges gemeinschaftliches Princip nicht möglich ist. Ein System des Civilrechts in diesem Sinne giebt es also nicht: — eine architectonische Behandlung des ganzen Civilrechts in der Art, daß jedes Einzelne durchweg vom Andern getragen würde, ist unmöglich. Ein System des

---

[12]) Z. B. das Interdict. d. liberis exhibendis et ducendis.

Civilrechts kann nur so bewerkstelligt werden, daß man einen der genannten Gesichtspuncte als Basis nimmt, den von diesem einen Princip beherrschten Complex von Rechtssätzen als den eigentlichen Stamm ansieht, und das Uebrige in einer natürlichen und symmetrischen Weise anschließt. Dabei entstehen dann zwei Fragen:

1) Welches der vier Principien soll man als Basis nehmen? Zunächst scheidet hier die mathematische Seite aus; sie enthält verhältnißmäßig eine zu geringe Anzahl von Rechtssätzen, als daß sie zum Fundament des Systems dienen könnte. Nicht minder unbrauchbar erscheint der logische Theil; denn die Logik für sich liefert überhaupt keine Rechtssätze, empfängt vielmehr ihr Material von den drei andern Complexen; ihre Begriffe, Urtheile und Schlußfolgerungen bewegen sich also innerhalb dieser drei Gebiete. Es bleiben also, um das Fundament des Systems zu bilden, nur der ökonomische und der auf sittlichen Principien beruhende Theil übrig. Und zwischen diesen beiden kann die Wahl nicht zweifelhaft sein, da die auf rein sittlichen Principien beruhenden Rechtssätze bei weitem die geringere Zahl bilden.

2) In welcher Art soll der Anschluß der andern Complexe bewerkstelligt werden? Was zunächst den auf Sittlichkeitsprincipien beruhenden Theil betrifft: so bietet sich ein Berührungs= und Anknüpfungs=Punkt an den ökonomischen schon durch die Bemerkung dar: — daß die Cultur (Humanität) mit dem Nationalreichthum steigt, und im gleichen Maße die Rohheit verschwindet. Die Moral steht daher schon an und für sich in einer innern Beziehung zur Nationalökonomie. Es würde also durchaus kein unerklärlicher Sprung sein, wenn man nach Darstellung der Hauptmasse des Civilrechts nach ökonomischen Principien, mit dem Capitel abschlösse: „Einfluß

der Cultur auf die Entwicklung des Rechts" [13]). Es ist aber ferner noch zu beachten, daß Rechtssätze, wie Rechtsinstitute, welche auf Sittlichkeit beruhen, sehr wohl auch vom national-ökonomischen Standpunkte geprüft werden können, so daß der fragliche Rechtssatz nicht bloß moralisch, sondern auch zweckmäßig erscheint, oder umgekehrt: der auf sittlichem Princip beruhende Rechtssatz als unzweckmäßig und der salus publica nachtheilig erkannt wird; z. B. die Bestimmung über laesio enormis, — die Wuchergesetze; — die Les Anastasiana. Es ist also keineswegs nothwendig, diesen auf Sittlichkeits-Principien beruhenden Theil des Civilrechts in ein Capitel zusammenzuwerfen; er kann sich sehr wohl im Einzelnen anschließen. Auch der mathematische Theil fügt sich. Manche dieser Rechtssätze müssen nothwendig herbeigezogen werden. Z. B. bei Gelegenheit der societas und communio, die Bestimmungen über die Theilbarkeit der Rechte; andere drängen sich auf im Wege der Ideen-Association. Der logische Theil folgt von selbst, weil er nur Consequenzen enthält, welche einen der drei andern Gebiete angehören.

Wenn ich vorhin sagte, daß der logische, d. h. auf bloßer logischer Schlußfolgerung aus allgemeineren Rechtssätzen beruhende Theil des Civilrechts nicht das Fundament oder den eigentlichen Stamm des Systems abgeben könne; so ist damit selbstverständlich nicht gesagt, daß wir für den Aufbau des Systems von irgend einem Standpunkte aus der Logik entrathen könnten. Nur bei einzelnen Thieren ersetzt der Kunsttrieb die Vernunft [14]). Wir können nur mit Hülfe unserer Denk-

---

[13]) Siehe unten Abhandlung V.

[14]) Die Bauwerke des canadischen Bibers, das Netz der Kreuzspinne, die Fanggrube der Ameisen-Löwen, die Wachsscheiben der Bienen und alle Vogelnester, sind Systeme, welche ohne Vernunft entstehen.

gesetze, d. h. durch Vergleichen und Schließen, systematisiren [15]). Auch vom ökonomischen Standpunkte aus sind wir, um ein System zu Stande zu bringen, genöthigt, aus den vorliegenden Rechtssätzen Begriffe zu abstrahiren, diese zu Urtheilen zu vereinigen und aus diesen weitere Schlußfolgerungen zu ziehen, und umgekehrt, sowohl Begriffe als Urtheile nach genus und species zu classificiren. Auch von diesem Standpunkte aus müssen wir aus den einzelnen Rechtssätzen die Begriffe der einzelnen Rechtsverhältnisse und Rechte abstrahiren; aber wir definiren und ordnen sie nicht nach ihrem Inhalte allein, sondern auch nach ihrem Zweck, und nennen einen Complex von Rechtssätzen nicht deßhalb ein Rechtsinstitut, weil sie eine gemeinschaftliche factische Voraussetzung haben, sondern weil sie durch denselben nationalökonomischen Zweck zusammengehalten werden. Die Rechtsinstitute ordnen sich einander unter nach allgemeineren und specielleren Zwecken [16]). Unsere Schlußfolgerungen sind daher nicht rein analytisch, so daß sie bloße Zergliederung einfacher Sätze wären, sondern ihre Basis ist der Zweck, und umgekehrt geschieht die Vereinigung mehrerer Rechtssätze nicht dadurch, daß sie in einen einfachen Satz zusammengefaßt werden, der ihren Gesammtinhalt nur in der Kürze wiedergiebt, sondern dadurch, daß von den speciellen Zwecken der einzelnen Rechtssätze der gemeinsame höhere oder allgemeinere aufgesucht wird. — Der Zweck der Volkswirthschaft ist die möglichste Vermehrung der sog. materiellen d. h. tauschfähigen Güter, und somit aller

---

15) Wiewohl der instinctive Bautrieb, welcher ebenfalls in der thierischen Natur des Menschen liegt, bedeutend mitwirken kann. Die bloße Schärfe des Verstandes macht noch nicht den Bau-Künstler, und in der Wissenschaft nicht den geborenen Systematiker.

16) Was man bisher Rechtsinstitute nannte, sollte man besser „Gedächtniß-Institute" nennen.

übrigen, welche durch den Besitz derselben mehr oder weniger bedingt sind, — deren gerechte Vertheilung unter die producirende Bevölkerung, — deren vernünftiger Genuß. Zur Erreichung dieses großen allgemeinen Zweckes giebt es eine Menge von Einrichtungen; eins solcher Institute ist das Recht, namentlich das Civilrecht. Jener allgemeine Zweck löst sich in eine Unzahl untergeordneter, kleinerer Zwecke auf, dem wieder einzelne Rechtssätze dienen, welche man Rechtsinstitute nennen kann. Zur Erreichung jenes großen allgemeinen Zwecks giebt es ferner eine Anzahl von Geschäften, welche rechtlich normirt, Rechtsgeschäfte heißen. Den Begriff jener Institute und dieser Geschäfte giebt die Nationalökonomie, gestützt auf die Begriffe des Verkehrs. Legaldefinitionen, welche damit in Widerspruch stehen, sind eine Widersinnigkeit. Sie lehrt also auch, ob zwei Geschäfte, welche mit verschiedenem Namen vorkommen, wirklich verschieden oder identisch, und ob sie im ersteren Falle unter einen gemeinschaftlichen höhern Begriff fallen. Die Nat.-O. ordnet ferner jene Institute und Geschäfte, gestützt auf ihren Zweck, und mit Berücksichtigung des allgemeineren oder specielleren Zwecks. Dabei muß sie oft die volkswirthschaftliche Geschichte zu Hilfe nehmen. Ich habe hier nicht nöthig, zur Erläuterung Beispiele anzuführen, sondern kann mich einfach auf die bisherigen Abhandlungen berufen. Ein solches System des Civilrechts verhält sich zu den bisherigen und gangbaren wie ein Lehrbuch der Physiologie zu dem der Anatomie, wie ein lebendiger Organismus zu einem Cadaver. Weil es die Rechtssätze als Einheit unter einer Idee darstellt, ist es ein wirkliches System, und weil es das Recht im unmitetlbaren Anschluß an das Leben giebt, wird es für Jedermann leicht faßlich und verständlich und ist daher ein practisches System; weil es endlich nicht durch Ansätze von Außen, sondern nur von

innen heraus wachsen kann, wird es ein dauerndes und unveränderliches System. Was man bisher so nannte, war kein System, sondern ein Schema, es war unpraktisch, weil sich darin das Leben nicht abspiegelte; es trug den Keim der Vergänglichkeit und Veränderlichkeit in sich, — wie denn auch die Erfahrung zeigt, daß fast jeder Lehrer des Civilrechts sein eignes System, d. h. Schema, seinen Vorträgen zu Grunde legt.

Ich habe in meinen bisherigen Arbeiten ein System weder erstrebt noch versprochen. Meine Thätigkeit mußte sich einstweilen auf Untersuchungen beschränken, welche die nothwendigen Vorbedingungen eines künftigen Systems sind. Diese Vorarbeiten sind noch lange nicht erschöpft, — übersteigen die Kraft eines Einzelnen, und noch Viele haben mit und nach mir Hand ans Werk zu legen, um alles Material herbeizuschaffen, zu ordnen und den Bau zu vollenden. Auch ist es nicht gut und ersprießlich, wenn für eine Wissenschaft eine neue Bahn eröffnet ist, zu rasch an die Systematisirung zu gehen, weil dadurch die gewonnenen Resultate, welche noch einer großen Erweiterung fähig sind, sehr leicht den Schein des Fertigen und Abgeschlossenen gewinnen, wodurch manche Kräfte von weiterer Forschung abgehalten werden. Es hat der Philosophie unendlich genützt, daß Baco, und der Nationalökonomie, daß Adam Smith kein System gegeben hat. Um jedoch später einen Grundriß des Gebäudes vorlegen zu können, habe ich nur in großen Schritten das Gebiet des Civilrechts durchwandern können, alles Detail der einzelnen Materien bei Seite liegen lassend, — und über das gesammte Material einen Ueberblick zu gewinnen gesucht. Dennoch hat sich unwillkürlich jede der Abhandlungen zu einem abgerundeten Ganzen gestaltet, und ein systematischer Zusammenhang derselben unter sich von selbst gemacht. Hierin habe ich eine sichere Bürgschaft dafür gefunden, daß ich auf dem rechten

Wege sei, und meine Untersuchungen von einem bloßen Herumtappen sich wesentlich unterscheiden.

Nach dieser Vorerörterung wende ich mich zu den Ausstellungen, welche die Kritik an meinen Arbeiten gemacht hat.

Der Grundgedanke meiner Studien ist: — daß alles Recht, also auch das römische, ein Product der factischen Verhältnisse sei, — daß man also vorerst diese kennen müsse, um das Recht zu verstehen[17]); — daß die hierzu nöthige Erfahrung durch das Studium der Nationalökonomie ersetzt werde. Dieser Grundgedanke ist, — so deutlich ich auch gesprochen habe — doch von mancher Seite, ja von intelligenten Juristen übersehen oder mißverstanden worden. Ein hervorragender Gelehrter legt mir in einer brieflichen Beurtheilung des I. Heftes die Intention unter: „ich wollte den jetzigen Staat in seiner Rechtssphäre zu einem bloßen Handels- und Industrie-Staat umgestalten". Nirgends habe ich diese Intention ausgesprochen; ich habe nicht einmal die leiseste Veranlassung zu dieser Besorgniß gegeben. Man sieht, daß diese Aeußerung von einem Manne herrührt, der die Nationalökonomie nur dem Namen nach kennt und durch diesen Namen nur im Allgemeinen an „Handel und Industrie" erinnert wird. Als einem Schüler Hegel's muß ihm überdies meine ganze Richtung mißfallen, welche sich auf den Ausspruch Bacos stützt: Meditor philosophiam, quae nihil habet abstracti vel inanis. Ein anderer Einwand, welcher von demselben Gelehrten herrührt, ist: — „die Nationalökonomie könne nicht dienen als Maßstab zur Würdigung der Leistungen antiker Jurisprudenz". Wer dies aus den bisherigen Abhandlungen

---

17) Thöl ging von dem Gedanken aus, daß, wer das Handelsrecht verstehen wolle, vorerst den Handel kennen müsse. Dies ist der Grund, weshalb sein Buch die vortrefflichste Leistung ist, die wir im Gebiete des Civilrechts besitzen.

nicht erkannt hat, an dem muß ich verzweifeln. Ich begnüge mich statt weiterer Belege das Urtheil anderer Kritiker [18]) anzuführen: — daß ich über die Lehre vom Eigenthum ein neues Licht verbreitet, daß ich den Schlüssel zur Lehre von der Miethe gefunden, daß die von mir entwickelten Aufklärungen in der Servituten-Lehre nicht gering zu veranschlagen seien, u. s. w. Der Lebenslauf der Völker ist im Ganzen und Großen stets derselbe; — wer die Geschichte eines Volkes kennt, kennt die Geschichte aller Völker. Jedes Volk hat sein Mittelalter, seine Periode der Cultur. Wer den Lebenslauf eines der modernen Völker genau verfolgt und aufgefaßt hat, weiß damit im Ganzen und Großen auch die Entwicklung des römischen Volks. Daraus folgt, daß die Nationalökonomie, obgleich eine Wissenschaft der Neuzeit, brauchbar ist zum Verständniß des Rechts nicht bloß der Römer, sondern eines jeden Volks. — Es wird mir endlich von derselben Seite anheimgegeben, ob es nicht besser sei, — „dem gemeinen bestehenden Recht seine natürliche einfache Bahn zu lassen, und nur dahin zu streben, letzteres nach allen Richtungen hin auf innerliche Weise wissenschaftlich begreiflich zu machen". Habe ich denn die Bahn des bestehenden gemeinen Rechts ändern wollen, indem ich die N.-O. als Hilfswissenschaft der Jurisprudenz anwandte? Ich will auf dem Gebiete des Rechts weder schaffen noch umgestalten, sondern nur erforschen und erklären, und das starre todte Recht, wie es in den Compendien auftritt, zu einem lebendigen machen, so daß der Zusammenhang desselben mit dem Leben sich herausstellt. Und was die Aufgabe betrifft, das bestehende Recht auf innerliche wissenschaftliche Weise zu erklären, — habe ich das nicht gerade versucht? Habe ich nicht zum ersten Male gezeigt,

---

[18]) Fitting; Dworzack.

was überhaupt innere Geschichte eines Rechtsinstituts sei und auf das klarste nachgewiesen, daß wir trotz der angebeteten Schule, welche sich die historische nennt, noch gar keine innere Geschichte des Civilrechts haben? Was man bisher innere Rechtsgeschichte nannte, verdient diesen Namen durchaus nicht; — sie ist nichts weiter, als die äußere Geschichte der inneren. Habe ich nicht ferner gezeigt, daß gerade die gangbaren Lehrbücher des Civilrechts das Gepräge der Unwissenschaffentlichkeit tragen? Sie gleichen in Wahrheit einer sorgfältig classificirten materia medica, welcher mit wichtiger Miene gelehrt und angewandt wird, ohne daß man eine Ahnung von Anatomie und Physiologie hat. Wenn man mir vorwerfen sollte, ich hätte damit die bisherige Jurisprudenz für Charlatanismus erklärt, so mag dies, von einzelnen Erscheinungen, wie Thöls Handelsrecht, abgesehen, eben nicht ganz unrichtig sein.

Kuntze fürchtet aus meinen Abhandlungen Gefahren, — und zwar zunächst für den Geist des Rechts, der eine ethische Potenz sei. Ich weiß nicht, ob hier das Wort „ethisch" soviel als „sittlich, — moralisch" bedeuten soll. Dann muß ich die Behauptung bestreiten, daß alles Recht, insonderheit das Civilrecht, moralischen Ursprungs sei. Wie ich eben ausgeführt habe, — nur ein verhältnißmäßig kleiner Theil des Civilrechts ist moralischen Ursprungs und von diesem wiederum nur ein Theil der unmittelbare Ausfluß sittlichen Gefühls, d. h. des uns eingeborenenen Gefühls der Menschenliebe und Gerechtigkeit. Es ist Nichts fehlsamer, als das Recht für eine gesteigerte Moral zu halten und folgeweise im Menschen einen angeborenen „Sinn für Recht" anzunehmen, welcher die Urquelle aller Rechtssätze sei. Andererseits ist die Furcht, „daß ich bei consequenter Fortbildung meiner Rechtsanschauung schließlich dazu kommen würde, die Juris-

prudenz von der National-Oekonomie absorbirt werden zu lassen" ganz unbegründet, da ich in meinen Arbeiten nirgends behauptet habe, daß das Civilrecht ausschließlich auf ökonomischen Principien beruhe. Im Gegentheil habe ich an vielen Stellen[19]) den Einfluß der Cultur und der Humanität auf die Rechtsbildung hervorgehoben. — Nimmt Kuntze dagegen das Wort „ethisch" in einem weiteren Sinne und will behaupten, die Rechtssätze beruhten durchweg auf Motiven, nicht auf Ursachen, — die Gründe des Rechts seien durchweg Gründe des Handelns, nicht des Werdens, so hat er streng genommen allerdings recht; denn es ist unbestreitbar, daß die Entstehung eines Rechtssatzes stets ein Act des Handelns entweder des Gesetzgebers oder des Volkes ist. Ich glaube indessen, oben hinlänglich erörtert zu haben, inwiefern und inwieweit man das Recht als ein objectiv Gewordenes betrachten, also auch neben den Motiven von Ursachen der Rechtsbildung reden kann und muß, und folglich die Bildung und Fortentwicklung des Rechts im Ganzen und Großen als ein „naturnothwendiger Proceß" aufzufassen ist. In wiefern aus dieser Auffassung dem Geist des Rechts Gefahr drohe, vermag ich nicht einzusehen. Man bleibe mir überhaupt mit dem Ausdruck „Geist des Rechts" weg; — er bezeichnet ein so hoch sublimirtes Abstractum, daß dieser Begriff fast inhaltsleer erscheint. Man kann nur sagen: die Auffassung ist richtig oder unrichtig. Das Erstere habe ich nachzuweisen versucht, das Letztere nachzuweisen, war Sache der Kritik. Ein solcher Gegenbeweis wird aber nicht dadurch geführt, daß Kuntze mit vornehm-aristokratischer Miene die Furcht ausspricht: — ich

---

[19]) Vergl. z. B. Heft IV. S. 14. Nr. 4. 31. 43. 46. 49. Kuntze schreibt mir freilich, daß er das IV. Heft noch nicht gelesen habe.

möchte dahin kommen, das Recht „aus der Region des Geisteslebens in die Niedrigkeit naturnothwendiger Processe herabzustoßen.“ Ich muß gestehen, daß es mir etwas ganz Neues ist, daß die Rangunterschiede: hoch und niedrig, — fein und commun, auch von wissenschaftlichen Auffassungen gelten, dergestalt daß eine wissenschaftliche Auffassung zwar richtig sei könne, aber verworfen werden müsse, weil sie „zu commun“ sei. Kuntze würde also: wenn Jemand unwiderleglich nachwiese, daß das Rechtsverhältniß zwischen Professor uud Studenten heut zu Tage nichts sei, als locatio conductio operis, möglicherweise sagen: — die Ansicht ist richtig, aber zu ordinär und deßhalb zu verwerfen. — Kuntze fürchtet zweitens von meiner Richtung für die Methode der Rechtswissenschaft, die „nur ihren eignen Gesetzen unterthan sein könne.“ Es ist wirklich ergötzlich zu lesen, wie Kuntze in Exstase geräth und mit Unwillen ausruft: — „ich glaube, daß wir gegen den Geist des Rechts freveln, wenn wir von der Rechtswissenschaft erwarten, daß sie sich von der N.-Ö. ins Schlepptau nehmen lasse.“ Das klingt gerade so, als wenn ein Maurer die Mitwirkung an einem Bau verweigerte, weil er es unter seiner Würde hält, sich von einem Zimmermann ins Schlepptau nehmen zu lassen. Will man denn gar nicht begreifen, daß jede Wissenschaft die Dienerin aller übrigen ist, daß alle Wissenschaften auf Einen Zweck hinauslaufen und daß nur das Princip der Arbeitstheilung die Wissenschaft in Zweige und Facultäten getheilt hat! — Mit solcher Vornehmthuerei über litterarische Erscheinungen reicht man heut zu Tage nicht mehr aus. Hegel konnte noch reussiren, Puchta auch noch; aber die Zeit ist, gottlob! vorüber. Dergleichen Aushilfsmittel haben in der Kritik keinen Effect mehr. — Kuntze lobt mich, daß ich mit helfen will, dem Spiritualismus (womit er die historische Schule bezeichnet)

einen Damm zu setzen; schlimmer aber noch, als der alte Spiritualismus, meint er, wäre der neuerdings uns drohende Materialismus; — und es scheine ihm, als sei ich demselben bereits verfallen. Ich muß Sie fragen: Was verstehen sie unter Materialismus, Herr Professor? Die materialistische Richtung der Jurisprudenz soll — wie sie mir schreiben — eine Behandlungsweise des Rechts sein, welche: — „zur Vollstopfung und Uebersättigung führe, — den feinen juristischen Bau mit einem Fettpolster überziehe, — alle Spannkraft des juristischen Muskelwerks zerstöre, — und zur Nivellirung des plastisch gegliederten Rechts führe." Es wird mir sehr schwer, mich durch dieses Fettpolster bilderreicher Darstellung hindurch zu winden. Sie denken sich also das römisch justinianeische Recht als einen kräftigen Athleten von strotzender Gesundheit, und fürchten, daß ich diesen Herkules in einen Fallstaff umwandeln werde. Es freut mich und ich acceptire es nützlichst, daß Sie doch eingestehen, ich führe Ihrem Hercules gesunde Nahrungsmittel zu, und nur besorgen, daß er sich zu sehr darin übernehmen, und — so zu sagen — in seinem eigen Fette ersticken werde. Zu dieser Besorgniß liegt gar kein Grund vor. Meine Abhandlungen sind sehr schlank; der Gliederbau und das Muskelwerk derjenigen Rechtsmaterien, die ich behandelt habe, liegt vollkommen sichtbar vor. Kein anderer Kritiker hat sich denn auch über zu starke Corpulenz beklagt. Vielmehr hat man — namentlich Herr Prof. Fitting und mein Buchhändler — über die zu starke Magerkeit meiner Hefte die Nase gerümpft. Ihr gewähltes Bild ist übrigens nicht zutreffend, das römisch-justinianeische Recht gleicht viel eher einem Menschen, der an verschiedenen erheblichen Schwächen und unangenehmen Auswüchsen leidet. Doch, wohin verirre ich mich! Auf Bilder hätte ich gar nicht antworten sollen. Kuntze ist es mir schuldig geblieben, genau

und bestimmt anzugeben, worin das Materialistische, und folgeweise Verkehrte meiner Richtung liege, hat mich also unfähig gemacht, ihn zu widerlegen. Ich muß annehmen, daß Kuntze sich der allegorischen Ausdrucksweise, wie der Vornehmthuerei gegen mich bedient, weil er sich selbst nicht klar darüber gewesen ist, was er mir eigentlich zum Vorwurf machen solle. Er hat mithin meine Arbeiten in der Absicht gelesen, nicht sie zu beurtheilen, sondern sie zu tadeln. Der Grund dieser Animosität liegt wohl darin, daß ich der Ansicht bin, der „Wendepunct der Jurisprudenz" liege anderswo, als wo er ihn gefunden zu haben glaubte.

Unter denjenigen Kritikern, welche die von mir eingeschlagene Richtung für einen Fortschritt der Wissenschaft erklären, finden sich Einige, welche bemüht sind hervorzuheben, daß die Idee „nicht neu sei." Dies war meines Erachtens nicht nöthig, da schon Salomo gesagt hat, daß es nichts Neues gebe unter der Sonne, und Plato: daß alle Entdeckung Nichts sei, als Reminiscenz, und endlich ich selbst mit klaren Worten auf den Ruhm der Entdeckung ausdrücklich Verzicht geleistet habe. Wer es für unerläßlich hielt, mir die Originalität abzusprechen, hätte es auch für seine Pflicht halten sollen, dies Letztere hinzuzufügen, um mich nicht bei Leuten, welche nicht Werke, sondern nur Recensionen lesen, in den Verdacht unbegründeter Prätensionen zu bringen. Wer vollständig gerecht gegen mich hätte sein wollen, hätte sich über diesen Punkt etwa folgendermaßen ausdrücken müssen: — „Es giebt Ideen, welche in der Zeit liegen, welche nicht das Eigenthum einzelner Individuen, sondern der ganzen Generation sind, welche in unzähligen Köpfen leben, aber nur in allgemeinen und unklaren Umrissen. Plötzlich findet sich dann Einer, welcher die Idee zum ersten Male klar denkt, bestimmt formulirt, öffentlich ausspricht

und demonstrirt. Ein solcher Fall liegt hier vor: — man war für die Abhandlungen so zu sagen: prädisponirt." Zu gering indessen schlägt wohl Leist meine Leistung an, wenn er sie in seinem Schriftchen über die Natur der Sache eine bloße „Betonung" nennt.

Man hat mir zum Vorwurf gemacht, daß ich einzelne mangelhafte Begriffsbestimmungen römischer Juristen berichtigt habe. Namentlich hat man es für unverantwortlich gehalten, daß ich das zinsbare Darlehn einfach als Geldmiethe bezeichnet hätte. Dieser Vorwurf beruht auf der irrigen, leider noch weit verbreiteten Ansicht, daß Recht und Jurisprudenz etwas vom Leben und Verkehr Abgeschlossenes und für sich Bestehendes sei; es würden die Begriffe der Rechtsgeschäfte vom Rechte festgestellt, — also, wenn eine Legaldefinition mit dem Verkehrsbegriffe im graden Widerspruche stehe, so müsse man sich doch bei der ersteren beruhigen. Ich kann dieser Ansicht nicht beitreten, halte vielmehr dafür, daß alle Rechtsgeschäfte im Leben und Verkehr ihre bestimmte, unabänderliche Natur haben, woran das Recht überall Nichts ändern kann. Das Recht empfängt die Begriffe dieser Geschäfte und seine Aufgabe ist lediglich diese Geschäfte zu normiren. Legaldefinitionen durch das Recht selbst sind eine Ungereimtheit — es muß Jedem absurd klingen, daß es Rechtssätze gäbe, welche bestimmten, Tausch, Kauf, Miethe, Darlehn, Schenkung ꝛc. solle das und das sein[20]). Wenn die Jurisprudenz (nicht das Recht) es nöthig findet, diese Begriffe bestimmt zu formuliren, so bleibt Jedem frei zu prüfen, ob die Formel richtig sei oder nicht. Es ergiebt sich also, daß, wenn ein römischer Jurist in seiner Definition von der wirklichen Natur eines Geschäfts abweicht,

[20]) Nur Begriffe, welche der Gesetzgeber sich selbst macht, z. B. den der Connexität, kann und muß er definiren, wie der Mathematiker, der sich eine Figur construirt.

wir berechtigt sind, seinen Irrthum zu verbessern, und alle Rechtssätze, welche auf diesen Irrthum gebaut sind, zu streichen. Daß durch diese Freiheit das Civilrecht in Gefahr komme, ist keineswegs zu befürchten. Denn die Begriffe der Rechtsgeschäfte stehen im Leben und Verkehr durchaus fest, und ein Irrthum über die Natur eines Rechtsgeschäfts ist kaum denkbar: nur in der Formulirung des Begriffs kann man sich vergreifen. Und ebenso sicher lassen sich diejenigen Rechtssätze erkennen, die auf die fehlerhafte Definition gebaut sind, so daß auch in dieser Beziehung kein Schwanken für das Recht zu befürchten ist. Man übersieht übrigens, daß, wenn ich den römischen Begriff des zinsbaren Darlehns berichtigte, dies keine bloße Grille war. Diese Verbesserung war, wie ich nachgewiesen habe, nothwendig. Es entstehen bei der Beurtheilung des zinsbaren Darlehns Rechtsfragen, die sich bei der römischen Begriffsbestimmung ohne Gewaltstreich nicht beantworten lassen. Der desfalsige Nachweis wird dadurch nicht widerlegt, daß Kuntze diese detaillirte Ausführung kurzweg als „Brei" bezeichnet.

Aber, wo bleibt denn das zinsenlose Darlehn? wird im Archiv für practische Rechtswissenschaft gefragt. Wer gesehen hat, wo ich dem Kauf gegenüber mit der Schenkung bleibe; wer gesehen hat, wo ich der Miethe gegenüber mit dem Commodat und Precarium bleibe; wer gesehen hat, wo ich der Dienstmiethe gegenüber mit dem Mandat und Depositum bleibe, der wird hoffentlich sehen, wo ich dem zinsbaren Darlehn gegenüber mit dem zinsenlosen Darlehn bleibe.

Wenn ich im Laufe meiner Untersuchung fand und aussprach, daß die Miethe eine Species des Kaufs, der Kauf

eine Species des Tausches und endlich die societas productiva den Character des Austausches von Werthen habe, und daß es daher Rechtssätze gäbe, welche auf alle diese Geschäfte Anwendung finden müßten: — so nennt Kuntze dies „nivelliren", und findet darin einen Rückschritt, — der Fortschritt bestehe in der Differenziirung, d. h. Specification. Dagegen habe ich Folgendes zu erwidern. Zunächst würde K. mir Unrecht thun, wenn er auch nur entfernt daran denken sollte, ich hätte die Absicht zu nivelliren. Ich habe lediglich untersucht und dann die Resultate meiner Untersuchungen hingestellt; keineswegs ging mein Bestreben dahin, diese Resultate um jeden Preis herauszubringen. Sodann ist der Ausdruck: „nivelliren", d. h. „Alles über Einen Kamm scheeren", durchaus unpassend. Kuntze selbst hat ohne Zweifel gesehen, daß es mir nicht eingefallen ist, zu behaupten: Societas, Tausch, Kauf, Miethe, zinsbares Darlehen, sei Alles einerlei. Ich habe hinlänglich specificirt, d. h. angegeben, worin neben dem gemeinsamen Character der specifische Unterschied aller dieser Geschäfte liege. Kuntze's Vorwurf des Nivellirens ist daher unbegründet. Außerdem ist es ein Irrthum, daß der Fortschritt der Wissenschaft lediglich im „Differenziiren" bestehe. Es wird ihm hoffentlich genügen, wenn ich ihn auf zwei Autoritäten: Plato und Kant verweise, welche Beide behauptet haben, daß in jeder Wissenschaft das Gesetz, nicht bloß der Specification, sondern auch das der Homogeneität angewandt werden müsse. Daß ich diese letztere Vorschrift beobachtet habe, — ist das, was Kuntze mit verächtlicher Miene „nivelliren" nennt.

Ich komme jetzt zu einem Vorwurf, den mir vorzugsweise Diejenigen gemacht haben, welche die wärmsten Verehrer meiner bisherigen Leistungen sind, und den ersten Schritt, den ich auf

der neuen Bahn gethan, mit „Freuden begrüßt haben". Um so sorgfältiger werde ich in der Erwägung dieses Vorwurfs sein müssen, — um so gründlicher in der Widerlegung. Das Capitalverbrechen, das ich begangen haben soll, ist: — ich hätte mich erdreistet zu bezweifeln, daß einzelne Sätze des römischen Rechts in Deutschland recipirt seien, obgleich Niemand bisher an ihrer Reception gezweifelt habe. Ein sehr wohlmeinender und gründlicher Recensent (im Schwäbischen Beobachter) verlangt von mir, daß ich gradezu widerrufen und bekennen solle, ich wolle mich mit der Receptionsfrage überall nicht befassen, — und Herr Prof. Fitting fürchtet von meiner Dreistigkeit, ich würde die neue Richtung von vornherein in Mißcredit bringen; — ja, der Mann ist sogar ungehalten geworden, als er sah, daß ich fest bei meinem Vorsatze beharrte. Was nun zunächst den letzteren, litterarisch „politischen" Gesichtspunct betrifft, so bin ich außer Sorgen darüber, daß Diejenigen, welche bloß mit dem nicht einverstanden sind, was ich über die Receptionsfrage gesagt habe, deshalb alles Uebrige für werth- und nutzlos halten sollten; sie werden vielmehr meine desfalsigen Ausführungen als kritische Bemerkungen betrachten und insofern für nützlich halten. Ferner bin ich der Ansicht, daß dergleichen Klugheits-Rücksichten aus dem Felde wissenschaftlicher Forschungen gänzlich verbannt werden müssen. Es handelt sich hier darum: Habe ich recht oder habe ich unrecht? Nicht darum: ob ich gegen die gangbare Meinung handle und davon Nachtheile zu befürchten habe. Ich könnte mich kurz und einfach auf Kierulff berufen, um die Freiheit zu entschuldigen, mit welcher ich die Receptionsfrage behandle; aber ich liebe es nicht, an Autoritäten zu appelliren; ich bin gewohnt, mit meinem eignen Kopfe zu denken, und mich mit meinen eignen Waffen zu vertheidigen.

Die Frage „von der Reception des römischen Rechts in Deutschland" ist keineswegs als absolvirt zu betrachten, und Kuntze hat richtig erkannt, daß meine vom Herrn Prof. Fitting so tief verachtete Abhandlung vom römischen Handel vorzugsweise den Zweck hatte, auf eine neue Erörterung der Receptionsfrage vorzubereiten. Die gangbare Theorie über diesen Punct hat den Vorzug, sehr bequem zu sein; ich glaube, sie ist lediglich aus Bequemlichkeitsrücksichten entstanden, und wird aus denselben Rücksichen mit so unerschütterlicher Standhaftigkeit festgehalten. Welche Bewandtniß es mit der Reception des röm. Rechts in Deutschland hat, kann nur von einem Nationalökonomen klar erkannt werden. Ich hoffe diesem Thema eine eigne Abhandlung: „Der deutsche Handel im Mittelalter und die Reception des römischen Rechts" zu widmen, und kann hier nur kurz und allgemein meine Ansicht entwickeln.

Jeder Rechtssatz hat den Zweck: ein Bedürfniß der Gesellschaft zu befriedigen; dies gilt ganz besonders von denjenigen Rechtssätzen, welche das Volk selbst stillschweigend einführt; und dann durch consequente, gleichförmige Anwendung manifestirt. Es leidet daher nicht den geringsten Zweifel, daß auch die Tatsache, welche man mit dem Ausdruck „Reception des röm. Rechts in Deutschland" bezeichnet, durch ein Bedürfniß hervorgerufen ist, und daß diejenigen in einem großen Irrthum sich befinden, welche sich diese Reception in ähnlicher Weise denken, wie das Christenthum von Missionären unter fremde Völker verbreitet wird. Der Reception vorauf ging nothwendig ein fühlbarer Mangel, dessen Beseitigung dringend Noth that, und den zu beseitigen damals weder das Volk noch die schwerfällige Gesetzgebung vermochte. Dieser Mangel bestand in der absoluten Unausreichlichkeit des

einheimischen Rechts. Warum wollte denn das alte deutsche Recht, das doch so lange Zeit hindurch ausgereicht hatte, plötzlich im 12. und 13. Jahrhundert nicht mehr ausreichen. Es ist klar, daß um diese Zeit plötzlich eine große Veränderung der factischen Verhältnisse Deutschlands eintrat, welche den Deutschen über den Kopf wuchs, so daß sie diesen neuen, rasch sich entwickelnden Verhältnissen in der entsprechenden Rechtsbildung nicht folgen konnten. Jedermann, der die deutsche Geschichte auch nur oberflächlich kennt, und von den Hauptgrundsätzen der Nationalökonomie auch nur eine schwache Vorstellung hat, wird ohne Weiteres begreifen, daß dieses tief eingreifende Ereigniß die Erbauung der Städte war. Wer sich die Deutschen auf der Culturstufe des 10. Jahrhunderts vorstellt und sich sämmtliche Städte aus Deutschland wegdenkt, wird sagen müssen, daß das alte deutsche Recht, wie uns die Germanisten es darstellen, den damaligen Zuständen vollkommen genügte. Denkt man sich dann die plötzliche Entstehung der Städte, welche rasch, wie die Pilze aus der Erde wuchsen, mit ihrem neuen Leben und Treiben, so muß man sich sofort sagen, daß diesen Zuständen jenes alte Recht nicht mehr genügen konnte, und die Dürftigkeit desselben ein höchst drückender Mangel sein mußte. Jenes Bedürfniß nach einem ausreichenden Rechte regte sich also schon seit Heinrich I., wurde mit der Entwicklung der Städte immer fühlbarer, und verbreitete sich territorial mit der Entstehung neuer Städte weiter. Dem entsprechend wanderte allmählig das römische Recht in Deutschland ein. Es ist indessen wohl zu beachten, daß durch die Städteerbauung das bis dahin entwickelte germanische Recht nicht unbrauchbar wurde. Es war und blieb vollkommen brauchbar für diejenigen factischen Verhältnisse, für welche es entstanden war; zur Reception

fremder Rechtssätze in dieser Beziehung bestand überall kein Bedüfniß; dieses beschränkte sich vielmehr auf das Gebiet der neu entstandenen Rechtsverhältnisse, welche durch die in den Städten erwachende und rasch fortschreitende Manufactur- und Handels-Industrie sich bildete. Man bedurfte eines umfänglichen Vertrags-Rechts, — insonderheit eines Handelsrechts; man bedurfte Rechtssätze über die neu entstandenen Servitutes praed. urbanorum, und über die durch das gedrängte Aneinanderwohnen hervorgerufenen nachbarlichen Verhältnisse; — weiter Nichts, auch nicht eines wissenschaftlich durchgebildeten Rechts, wie es im Corpus juris enthalten war: — denn Wissenschaftlichkeit lag damals noch weit über dem Horizont der Deutschen hinaus. Das römische Recht befriedigte das Bedürfniß mehr als vollkommen; man wandte es auf die neuentstandenen Verhältnisse an mit voller Ueberzeugung seiner Zweckmäßigkeit. Es ist unrichtig und zu beklagen, daß diese constante Manifestation der von Anfang an vorhandenen Ueberzeugung: — „Gewohnheit" genannt worden, weil dies zu dem Irrthum verleitet, als beruhe diese opinio necessitatis auf „Gewöhnung". Es ist ferner verkehrt und verwirrend, für den eben erwähnten in Deutschland recipirten Theil des römischen Rechts den Ausdruck „Gewohnheits-Recht" zu gebrauchen. Diese Bezeichnung paßt nur für solche Rechtssätze, welche in der Gewohnheit ihre Quelle haben, — welche bloß deshalb gelten, weil das Volk sich an die Anwendung desselben lange Zeit hindurch gewöhnt hat. Bei jenen Rechtssätzen liegt die opinio necessitatis im Verstand, bei diesen im Gefühl. Rechtssätze der letzteren Art können mit der Zeit ganz widersinnig werden und dennoch fortbestehen, weil das Volk sich von seiner lieben Gewohnheit nicht trennen kann.

Die Deutschen bekamen nun denjenigen Theil des römischen Rechts, den sie bedurften, leider in Verbindung mit demjenigen Theile, den sie nicht bedurften, und der in vielen Sätzen mit den deutschen Zuständen im Widerspruch stand, und stehen mußte, weil das deutsche Volk erst in der Periode seines Mittelalters sich befand, während das justinianeische Recht einer Zeit angehörte, welche das Mittel-Alter des römischen Volks seit Jahrhunderten hinter sich hatte. Die Doctores juris in Deutschland hatten das römische Recht im Ganzen (complexu) studirt, und wandten es ohne Unterschied (in complexu) an. Es liegt auf der Hand und bedarf gar keines Beweises, daß dieser andere Complex römischer Rechtssätze als Gewohnheitsrecht in Deutschland nur durch „Gewöhnung" zur Geltung kommen konnte. Daß dies aber geschehen, muß durchaus bestritten werden, so viele Mühe sich die Doctores auch bis auf den heutigen Tag gegeben haben, dies durch allerlei Deductionen zu beweisen. Die Opposition hat bekanntlich das ganze Mittelalter hindurch gedauert, und wenn es den Doctrinären gelungen ist, endlich das Volk zum Schweigen zu bringen: so ist damit noch keineswegs bewiesen, daß das gesammte Corpus juris glossatum als Gewohnheitsrecht in Deutschland gilt. Es fehlt, wie Anfangs, so noch heut zu Tage im Volk an aller opinio necessitatis rücksichtlich desjenigen Theils, der ihm im Mittelalter aufgepfropft ist. Daran können nur Doctrinäre zweifeln, welche ganz abgeschlossen vom Leben sich mit dem römischen Rechte beschäftigt haben. Ich muß daher leugnen, daß das Corpus juris civilis in complexu recipirt sei, dergestalt, daß, wer auf eine Stelle desselben sich berufe, fundatam intentionem habe. Das Corp. jur. civ. gilt vielmehr in Deutschland als gemeines Recht nur so weit, als es erweislich recipirt ist. Die Furcht,

daß durch solche Theorie die Anwendung des Rechts der Willkühr preisgegeben werde, können nur diejenigen hegen, die nicht im Besitz der Kenntnisse sind, welche zur Beurtheilung der Receptionsfrage in concreto befähigen. Wenn mir Jemand vorhalten sollte, ich schwämme wider den Strom, die Geltung des Corpus juris in Deutschland wäre ein fait accompli: so mag dies vielleicht richtig sein. So lange man sich jedoch nicht auf diesen Grund, sondern auf eine Deduction stützt, bin ich zur Gegendeduction berechtigt.

Im Uebrigen gebe ich gern zu, daß es vor der Hand ersprießlich sein wird, wenn diejenigen, welche mit mir in der neuen Richtung arbeiten wollen, die Receptionsfrage auf sich beruhen lassen, und bei Rechtssätzen, von denen sie bezweifeln, daß sie ins deutsche Volksbewußtsein eingedrungen sind, sich auf die Hervorhebung dieses Zweifels beschränken. Erst wenn mit Hilfe der Nationalökonomie die römischen Begriffe geprüft und berichtigt sind, die Principien der Rechtssätze erforscht, von jedem Rechts-Institut eine wirkiche innere d. h. nach dem Gesetz der Causalität bearbeitete Geschichte zu Stande gebracht ist, erst dann liegt das nöthige Material vor, um die Receptionsfrage gründlich zu erörtern und im Einzelnen mit Sicherheit zu beantworten.

Damit schließe ich die Entgegnung auf die Einwendungen der Kritik von allgemeineren Character. Was die Fehler und Irrthümer betrifft, welche man in der Behandlung einzelner Materien und Rechtsfragen gefunden haben will, so möge es mir gestattet sein, meine Erwiderung einstweilen noch auszusetzen. Ich beabsichtige, nachdem ich den Cyclus meiner „Experimente" geschlossen, — die Recognoscirung des Terrains beendigt haben werde, die sämmtlichen Arbeiten zu revidiren und auszuführen. Da wird der Ort sein, die Specialkritik zu

berücksichtigen. Vor der Hand interessirt es mich nur, daß der Grundgedanke, den ich an die Spitze meiner Abhandlungen gestellt habe, allseitig gebilligt wird, und die allgemeinen Bedenken zu entfernen, welche gegen mein Unternehmen im Ganzen und Großen erhoben worden sind. Daß ich, der ich eine ganz neue Bahn beschreite, vorzugsweise dem Irrthum ausgesetzt bin, versteht sich von selbst; — ich wäre sogar berechtigt, den Irrthum als Privilegium in Anspruch zu nehmen. Die Fehler und Irrthümer haben aber für das Ganze keine größere Bedeutung, wie ein Schreib- oder Druckfehler.

So sorgfältig die Kritiker gewesen sind in der Auffindung meiner Mängel und Schwächen, so leichtfertig sind sie über manche bemerkenswerthe Ausführung oder Notiz hinweggegangen. Es hat mich frappirt, daß man wirkliche wissenschaftliche Resultate übersehen oder ignorirt hat. Es geziemt mir nicht, das, was ich meine, hier aufzuzählen; aber Eins muß ich denn doch im Interesse der Wissenschaft hervorheben. Jeder Jurist weiß, daß die Lehre von der societas noch sehr im Argen liegt. So vortrefflich die äußere Seite dieses Verhältnisses d. h. die rechtlichen Beziehungen der socii zu dritten Prrsonen bearbeitet ist, namentlich durch Thöl, so schlimm steht es mit der Theorie, was die innere Seite d. h. das Verhältniß der socii unter sich betrifft. Ich habe im ersten Hefte auf die Verworrenheit und Unklarheit der römischen Juristen in dieser Partie hingewiesen, und zu zeigen versucht, daß das Mangelhafte unserer Theorie darin liege, daß man die societas ganz allgemein und ohne Unterscheidung der Societätsverträge nach ihren Zwecken behandelt hat. So z. B. Puchta. Was dieser Mann über das innere Verhältniß der societas geschrieben hat, ist wirklich ganz außerordentlich schlecht. Ich habe aus dem Gebiete der Societätsverträge die Productiv-

Gesellschaft ausgeschieden, ihr Wesen genau analysirt, auch speciell nachgewiesen, wie eine richtige Analyse hier nur mit Hilfe der Nationalökonomie zu Stande gebracht werden könne, und zur speciellen Bearbeitung dieser höchst practischen und wichtigen Materie ein festes Fundament gelegt. Es wäre besser gewesen, wenn die Kritik auf diesen Cardinalpunkt aufmerksam gemacht hätte, anstatt unbedeutende Vorzüge dieser Abhandlung aufzuzählen.

I.

Die allgemeinen Bedingungen des Credits und die speciellen Institutionen zur Beförderung des Credits.

Vertrauen ist das Gefühl der Sicherheit, das heißt, der Abwesenheit aller oder einer bestimmten Gefahr und wohl zu unterscheiden von der verstandsmäßigen, auf Reflexion beruhenden, Ueberzeugung der Sicherheit[21]). Vertrauen ist Glaube, und der Glaube hat mit dem Verstande Nichts zu schaffen.

Die National-Oekonomie versteht unter Vertrauen das Gefühl der Sicherheit, daß ein Werth, den man aufzuopfern im Begriffe steht, nicht verloren gehen, sondern — entweder in derselben oder in einer andere Form zurückkehren werde. Das Vertrauen in diesem national-ökonomischen Sinne heißt „Credit".

Man nennt diejenigen Zustände, Anstalten und Einrichtungen im Staate, ohne welche man sich, außer im Falle der Noth, schwer entschließen würde, überhaupt Werthe zu consumiren, sei es zum Zwecke der Production[22]), sei es um Anderen daran die zeitweilige Nutzung einzuräumen, — die allgemeinen Bedingungen des Credits. Den Gegensatz bilden diejenigen Institute, welche speciell die Entstehung von

[21]) Hierauf beruht wesentlich der Unterschied von Personal- und Realcredit. —

[22]) Heft I. S. 18.

Creditverhältnissen befördern. Angemessener wäre es, zu unterscheiden: die Bedingungen des Vertrauens überhaupt und die Bedingungen des Credits im engeren Sinne.

Bevor von beiden weiter geredet wird, ist folgende Vorbemerkung nöthig, um Mißverständniß zu verhüten. Man muß bei denjenigen Instituten, welche einen volkswirthschaftlichen Nutzen haben, unterscheiden diejenigen, welche von vorn herein durch volkswirthschaftliche Speculation entstanden sind, und solche, welche, durch andere Rücksichten hervorgerufen, hinterher von der Nationalökonomie geprüft und für nothwendig oder nützlich erkannt sind. Es werden manche Zustände und Einrichtungen der letzteren Art genannt werden und wir bemerken ausdrücklich, daß das „Erbrecht" zu dieser Classe von Einrichtungen gehört. Es hat einen großen volkswirthschaftlichen Nutzen, aber dieser Zweck ist nicht der Grund seiner Entstehung.

I. Die allgemeinen Bedingungen des Credits, welche gleichzeitig die allgemeinen Bedingungen der Production sind, sind mannichfacher Art. Eine vollständige Aufzählung ist unmöglich, aber auch nicht nothwendig. Wir begnügen uns hier die wichtigsten anzuführen. Vor allen Dingen ist zu nennen:

A. eine Staatsverfassung, welche die Gesellschaft gegen Despotie und Anarchie sicher stellt, und eine starke Regierung, welche hinlängliche Kraft besitzt, um Ruhe und Ordnung im Staate aufrecht zu erhalten. Sodann ist

B. zu erwähnen: die vollständige Sicherheit der Person und des Eigenthums.

So lange es an diesen Requisiten fehlt, reducirt sich die Production in allen Industriezweigen auf ein Geringes und das Anvertrauen von Werthen beschränkt sich auf sehr enge

Kreise. Ein schlagendes Beispiel liefern die Zustände in den orientalischen Staaten.

Es ist nicht unsere Aufgabe hier zu untersuchen, welche Form der Staatsverfassung und welche Regierungsweise am Geeignetsten ist, die Production zur höchsten Blüthe zu bringen und ein allgemeines Vertrauen aller Staatsangehörigen zu begründen. Ebenso verweisen wir die Erörterung der Mittel, welche zum Schutze der Person dienen, ins Criminalrecht. Hier auf dem Gebiete des Civilrechts haben wir es nur mit dem Schutze des Eigenthums und seiner Analogien zu thun.

Die Verletzung des Eigenthums kann eine totale und eine partielle sein. Jene besteht in der Besitzentziehung oder totalen Zerstörung des Eigenthumsobjects; diese in der Besitz-Störung oder der partiellen Vernichtung des Eigenthums-Objects.

Die civilrechtlichen Mittel zum Schutze des Eigenthums sind:

1) präventive, welche den Zweck haben, der Verletzung fremden Eigenthums vorzubeugen. Dahin gehört:

a) die Androhung von Strafen,

b) die rechtliche Verpflichtung, gewisse, dem Eigenthume Anderer Schaden drohende Einrichtungen wieder zu entfernen.

c) das Recht des Eigenthümers, die Fortsetzung von Handlungen zu verbieten, die seinem Eigenthum Gefahr drohen.

d) die rechtliche Verpflichtung, wegen Gefahr drohender Beschaffenheit eines Grundstücks oder einer sonstigen Einrichtung, für künftigen casuellen Schaden Caution zu leisten.

Die alten Römer haben diese Präventivmittel alle gekannt und in ihrem Civilrecht in Anwendung gebracht. Es genügt

hier, auf folgende Rechtsinstitute: die actio furti und vi bonorum raptorum (a), die actio aquae pluviae arcendae (b), das interdictum quod vi aut clam (c) und die cautio damni infecti (d) hinzuweisen[23]).

2) Die Mittel, welche die Wiederherstellung des verletzten Eigenthums bezwecken. Diese Restitution ist

a) direct möglich, wo eine Entziehung oder Störung des Besitzes vorliegt, indem der entzogene Besitz wieder hergestellt oder die Störung beseitigt wird. Zu diesem Zwecke dient die rei vindicatio im Falle totaler, die actio negatoria im Falle partieller Verletzung[24]). Da diese Eigenthumsklagen, als abstracte Annexe des Eigenthums gedacht, niemals gegen eine von vorn herein bestimmte Person gerichtet sind, sondern gegen jeden möglichen Verletzer, so hat man sie actiones in rem genannt, im Gegensatz von actiones in personam[25]).

b) indirect durch Ersatz des Werths bei totaler oder partieller Zerstörung des Eigenthums-Objects. Zu diesem Zwecke dient die actio ex lege Aquilia[26]). Sie tritt nicht als besondere Klage hervor, wenn in Fällen der rei vindicatio und

---

23) Siehe Puchta Pand. §. 375. 384. 395. 386. 396. 394.

24) Puchta Pand. §. 178, 172.

25) §. 1. 2. J. d. act. (4. 6.) Diese Eintheilung der actiones ist eine rein äußere und mechanische. Sie mag dem Gedächtnisse eine Stütze sein, aber sie wird für die systematische Anordnung und Darstellung der Rechtssätze unzweckmäßig und hinderlich, indem sie Rechtssätze, welche wirklich, d. h. ihrem Zwecke nach, zusammengehören, weit von einander trennt, und Rechtssätze mit einander in Verbindung setzt, welche ihrem Zwecke nach Nichts mit einander zu schaffen haben.

26) Puchta Pand. §. 388. Ein vollständiger Schutz des Eigenthums wird nur möglich durch den Begriff des Werths und durch die Erfindung des Geldes, in welchem jeder Werth, welche Form er haben möge, berechnet und geleistet werden kann. Vgl. Heft I. S. 15. 16.

negatoria gleichzeitig eine partielle Zerstörung des Eigenthums-Objects vorliegt, indem hier auch diese Klagen gleichzeitig auf Schadensersatz gehen. Ueber diese römische Nomenclatur darf man aber nie vergessen, daß in solchen Fällen in der Vindication und Negatoria die aquilische Klage steckt[27]).

Es ist bereits früher bemerkt worden, daß sich im römischen Recht neben dem dominium Analogien des Eigenthums gebildet haben[28]). Eine bloße Consequenz ist es, daß dem Inhaber der jura in re aliena auch alle Rechtsmittel zustehen, welche der wirkliche dominus hat, um Verletzungen abzuwenden und sein verletztes Recht wieder herzustellen. Soweit dies im römischen Rechte nicht ausdrücklich gesagt ist, sind die Rechtsmittel des Eigenthums jedenfalls analogisch anzuwenden. Für die Klagen, welche aus der Verletzung eines jus in re entspringen, sind von den Römern besondere Namen eingeführt: — die actio confessoria für die Servituten, die actio de superficie für das superficiarische Recht, die actio in rem emphyteuticaria für die Emphyteuse und die actio hypothecaria für das Pfandrecht[29]).

Durch diesen analogen Schutz der jura in re aliena hat sich dann der Begriff der actiones in rem erweitert. Sie werden alle unter dem Namen petitiones zusammengefaßt[30]).

---

27) Dies wird von practischer Bedeutung, wenn während des Vindicationsprocesses der Beklagte stirbt. Die rei vindicatio geht dann gegen die Erben fort, — in quantum ad eos pervenit.

28) Heft II. S. 18. 19. —

29) Puchta Pand. §§. 191. 175. 176. Note h. §. 214. —

30) L. 178. §. 2. D. d. V. S. (50. 16.) — petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur. —

Mit dem Begriff der petitio erweitert sich der Begriff des Vermögens. Die bloße abstracte Möglichkeit, den Besitz einer Sache von jedem beliebigen Inhaber mit Hilfe des Staats zu erlangen, um sie als Eigenthum zu besitzen, bekommt einen Werth im Verkehre, weshalb denn auch die petitiones als Vermögensbestandtheile, — als eine Art der bona civilia aufgeführt werden[31]). Dadurch entsteht das abstracte Eigenthumsrecht, im Gegensatz zu dem concreten dominium, welches mit dem Besitz verbunden ist. Ebenso entstehen die abstracten jura in re im Gegensatz zu denjenigen jura in re, welche mit der Ausübung der Nutzungsbefugniß verbunden sind. Eine fernere Erweiterung des Vermögensbegriffs entsteht durch die Klagen auf Ersatz zerstörter oder deteriorirter Eigenthumsobjecte und derjenigen Gegenstände, welche den Eigenthumsobjecten analog behandelt werden. Die bloße Möglichkeit, mit Hilfe des Staats den Schadensersatz zu erlangen, bekommt selbst Werth, weshalb denn auch die Klagen als persequutiones zu den bona civilia gerechnet werden[32]).

Wir haben in der vorigen Abhandlung gesehen, daß die Römer geschuldete Werthe, obgleich sie formell[33]) noch im Eigenthum des Schuldners stehen, doch materiell als Eigenthum des Gläubigers ansahen. So die res empta. Wir dürfen erwarten, daß die Römer consequent den Schutz des Eigenthums auch auf dieses materielle Eigenthum ausgedehnt haben. In der That verpflichten sie denn auch

---

[31]) Heft I. S. 15.

[32]) Heft I. ebendaselbst.

[33]) §. 3. J. d. contrah. empt. (3. 33.) Sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. —

den Schuldner, insonderheit den Verkäufer zum „praestare actiones“ das heißt zur Cession aller ihm formell competirenden Klagen zum Schutz des Eigenthums an den Käufer, ja der Käufer kann diese Klagen als actiones utiles ohne specielle Cession anstellen. Sed etsi quid praeterea rei venditae nocitum est, heißt es, actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae, vel aquiliae, vel interdicti quod vi aut clam. Alle Klagen, welche formell dem Verkäufer wegen Entwendung, Beschädigung oder Zerstörung des Kaufobjekts gegen Dritte zustehen, kommen dem Käufer materiell zu Gute[34]).

C. Der Schutz des Eigenthums an sich würde eine nur geringe Wirkung auf die Production und das Vertrauen in der Staatsgesellschaft haben, wenn nicht eine andere Einrichtung ergänzend hinzuträte. Was nützt das Gefühl der Sicherheit des Eigenthums, wenn man in Ungewißheit darüber bleibt, welche Objecte man als sein Eigenthum zu betrachten habe, und ewig in der Furcht vor der Vindication eines Andern leben muß? Und was nützt Jemandem die Ueberzeugung, daß die Objecte, welche er besitzt, unzweifelhaft sein Eigenthum sind, wenn er im Zweifel darüber bleibt, ob sie auch materiell zu seinem Vermögen gehören, wenn er fürchten muß, daß ihm das, was formell sein Vermögen ist, dem Werthe nach durch Schuldklagen entzogen werden kann? Wir finden daher sehr früh sowohl bei den Römern, wie bei den Deutschen, das Rechtsinstitut der Verjährung neben den Rechtsmitteln, die zum Schutz des Eigenthums dienen. Quod ideo receptum videtur, sagt Gajus,

---

[34]) L. 13. §. 12. D. d. A. E. V. (19. 1.)

ne rerum dominia diutius in incerto essent[35]). Bono publico heißt es weiter, usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent[36]).

Es leuchtet von selbst ein, daß die Entwickelung dieses Institutes parallel geht mit der Entwickelung d. h. allmähligen Erweiterung des Vermögensbegriffs, daß die Verjährung sich also anfangs auf Eigenthumsobjecte[37]) beschränkte, dann auf die Analogien des Eigenthums (die jura in re) und zwar zunächst auf die Servituten sich ausdehnte[38]), ferner auf das Verhältniß des Eigenthümers zum Inhaber eines jus in re erweiterte[39]), endlich auch für Forderungsrechte sich geltend machte[40]). Als man anfing, das Vermögen als einen Complex abstracter Werthe aufzufassen, lag die allgemeine Idee einer Verjährung von Vermögensobjecten, das heißt Werthen, ohne Rücksicht auf Form und Gestalt derselben sehr nahe. Es ist in hohem Grade anzuerkennen, wie Justinian sich bemüht hat, in die verworrene Lehre der Eigenthumsverjährung Klarheit und Einfachheit zu bringen; aber man muß es als eine Unvollkommenheit des römischen Rechts bezeichnen, daß es nicht allgemein durchgreifende gleichmäßige Normen für jede Verjährung, welches auch ihr Gegenstand sein möge, festgesetzt, daß es nicht allgemeine Bedingungen aufgestellt hat, unter denen ein Werth durch Verjährung ver-

---

35) Gaj. I. §. 43.

36) L. 1. D. d. usucap. (41. 3.)

37) Puchta Pand. §. 155 ff.

38) Puchta Pand. §. 188. Vgl. §. 175. Note d. und §. 177.

39) Puchta Pand. §. 190. 202.

40) Puchta Pand. §. 189 ff.

loren und erworben werden kann. Die mit Justinian abgebrochene Arbeit wieder aufzunehmen, und das Civilrecht in dieser Partie bedeutend zu vereinfachen, ist noch eine wichtige Aufgabe der heutigen Legislation.

In neuerer Zeit hat die Verjährung des Eigenthums und der jura in re aliena in einzelnen Ländern Deutschlands für Grundstücke ihre practische Bedeutung verloren, indem sie durch ein vollkommeneres Institut ersetzt ist. In diesen Ländern sind sämmtliche Grundstücke unter öffentlicher Autorität genau vermessen und auf Charten verzeichnet; die Namen der Eigenthümer sind in einem unter Auctorität des Staats geführten Buche aufgeführt; alle Uebergänge des Grundeigenthums von Einem auf den Andern werden in dem Buche vermerkt und nur derjenige, welcher in diesem Buche als Eigenthümer eines Grundstückes erscheint, gilt als solcher. Ebenso ist es mit allen jura in re; nur diejenigen Beschränkungen fremden Eigenthums, welche aus diesem Buche erhellen, sind rechtlich vorhanden. Es kann daher beim Erwerb des Eigenthums und anderer Sachenrechte an fremden Grundstücken keine Rechtsunsicherheit mehr obwalten; das Bedürfniß der Verjährung ist insoweit verschwunden, und damit das Institut selbst. In diesen Ländern hat sich durch die angeführte Einrichtung die Production, nicht minder aber auch der allgemeine Credit bedeutend gehoben.

Unsere Juristen unterscheiden die Acquisitiv- und die Extinctiv-Verjährung; wie uns scheint, mit Unrecht. Alle Verjährung ist vielmehr acquisitiv von der einen und extinctiv von der andern Seite. Der Eigenthümer acquirirt, wenn eine Servitut an seinem Grundstücke durch non usus untergeht. Auch der Schuldner, gegen den eine Schuldklage verjährt, acquirirt einen Werth, den er materiell als aes alienum betrachtete, und der durch die Verjährung der Klage aes suum

geworden ist. Es folgt hieraus, daß Usucapion und Klagenverjährung auch eine gleiche Wirkung haben müssen, also bei der letzteren keine naturalis obligatio zurückbleiben kann. Dies folgt auch daraus, daß beide Institute offenbar denselben volkswirthschaftlichen Zweck haben, das heißt, dasselbe practische Bedürfniß befriedigen sollen. Wir wagen es zu behaupten, daß Niemand im Stande ist, für die Klagenverjährung einen andern practischen Zweck anzugeben, als den der Usucapion. Wenn also, was unbestritten feststeht, dem Usucapienten gegen den früheren Eigenthümer der Sache keinerlei Verpflichtungen obliegen, so kann auch der Schuldner gegen seinen Gläubiger nicht naturaliter verpflichtet bleiben. Die römischen Quellenzeugnisse widersprechen sich; die vorliegende Frage läßt sich also nur durch Deduction aus einem Princip entscheiden. Wir deduciren aus der gemeinsamen ratio des Instituts der Verjährung, welche uns von der National-Oekonomie an die Hand gegeben wird [41].

D. Es ist früher auseinandergesetzt, daß und aus welchen Gründen die conditio usucapiendi von den Römern für ein dingliches Rechtsverhältniß erklärt ist, geschützt durch eine eigne Vindication und negatoria actio gegen jeden mit Ausnahme des Eigenthümers der fraglichen Sache. Ueber den Fall der Collision zweier Personen, welche beide den Besitz bona fide und ex justo titulo erworben haben, ist Streit unter den römischen Juristen. Die Meinung des Neratius [42] ist sicher die richtige, indem sie das Alter des Besitzerwerbs entscheiden läßt. Sie geht davon aus, daß die conditio usucapiendi ein dingliches Rechtsverhältniß ist, analog dem Eigen-

[41] Vgl. Kierulff Civilrecht, S. 210. 212. Note ***).

[42] L. 31. §. 2. D. d. A. E. V. (19. 1.)

thum, ad instar proprietatis, — und daß derjenige, welcher bona fide und ex justo titulo eine Sache erwirbt, rücksichtlich der actio Publiciana ein jus quaesitum hat, das ihm nicht wieder entzogen werden kann. Die Ausdehnung der Publiciana in rem actio auf die jura in re war wiederum eine bloße Consequenz, weil diese jura Analogien des Eigenthums sind [43]).

E. Der Schutz des Eigenthums und der bonae fidei possessio ex justo titulo war durch die den Kläger treffende Beweislast practisch sehr mangelhaft. Denn Jedermann konnte durch Besitzstörungen dem Besitzer den Beweis des Eigenthums oder des Besitzerwerbes ex justo titulo aufnöthigen. Diesen Mangel zu heben, war dringendes practisches Bedürfniß. Der Prätor erklärte den Besitz an sich, die bloße possessio [44]) für ein dingliches Rechtsverhältniß. Das prätorische Edict führte für Besitzstörungen und Besitzentziehungen ganz analoge Klagen ein: — die sog. interdicta retinendae und recuperandae possessionis [45]).

Der Begriff der possessio gegenüber dem des dominium existirte schon vor diesen possessorischen Klagen. So lange es ein Eigenthum giebt, existirt auch sein Gegensatz. Gegenüber dem Eigenthümer de jure bestand von jeher der Eigenthümer de facto, d. h. derjenige, welcher die fremde Sache hat und sie als sein Eigenthum behandelt. Aber durch die possessorischen Interdicte entstand, grade wie beim Eigenthume die nackte petitio, hier der abstracte Besitz, — der Begriff desjenigen

---

43) Vgl. Heft II. S. 18. 19. —

44) — — hoc ipso, quod possidet, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. L. 2. D. Uti poss. (43. 7.)

45) Puchta Pand. §. 132 ff.

Besitzers, welcher Nichts weiter, als die nackten possessorischen Interdicte hat, der also nicht wirklicher Besitzer ist, sondern nur von Rechts wegen als solcher gilt. Ein solcher Besitzer heißt civilis possessor. Der Gegensatz ist: naturalis possessor, d. h. derjenige, welcher den wirklichen Besitz mit dem animus rem sibi habendi hat, aber als Besitzer rechtlich nicht anerkannt wird. Der Besitz des civilis possessor ist daher etwas rein Ideelles. Der naturalis possessor als Gegensatz des civilis possessor ist nicht zu verwechseln mit dem, qui naturaliter tantum possidet, welcher corporaliter eine Sache detinirt, ohne animus rem sibi habendi. Auch für diesen Detentor kommt der Ausdruck naturalis possessor vor[46]), und man muß daher stets aus dem Zusammenhange ersehen, in welcher Bedeutung derselbe genommen ist. Man unterscheidet also: 1) civilis und naturalis possessor, 2) possessio schlechthin und naturalis possessio. Es folgt, daß es für dieselbe Sache einen civilis p., einen naturalis p. und einen Detentor d. h. einen naturalis p. in einem andern Sinne geben kann[47]).

---

[46]) Vgl. L. 7. §. 11. D, Comm. divid. (10. 3.)

[47]) L. 1. §. 9. 10. D. d. vi. (43. 16.): Dejicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit eaque dejecta sit, poterit hoc interdicto uti, non tamen si colonus. Die Schenkung ist nichtig und der Ehemann gilt juristisch nach wie vor auch als Besitzer, ist civilis possessor, und er hat die possessorischen Klagen; aber für die gewaltsame Besitzentsetzung genügt die, rechtlich nicht anerkannte, also bloße naturalis possessio der Ehefrau, — sie hat jedenfalls das interd. de vi; keinenfalls aber der colonus; denn er besitzt gar nicht. Dejicitur is qui possidet, das heißt: das J. de vi erfordert den animus rem sibi habendi, und dieser fehlt dem Detentor, naturalis p. in diesem Sinn.

Dasselbe Bedürfniß, welches neben dem Schutz des Eigenthums und der bonae fidei possessio den Schutz des Besitzes an sich hervorrief, rief auch neben dem Schutz der jura in re und der quasi possessio [48]), welche ex justo titulo und bona fide erworben war, den Schutz der quasi-p. an sich hervor. Die Römer haben jedoch den Schutz des Quasi-Besitzes nicht generell sondern nur für einzelne Fälle eingeführt [49]).

F. Die Frage, welchen Einfluß der Grundsatz: „Jeder Producent, in bona fide erwirbt das Eigenthum an seinem Product“, — auf die Production und das allgemeine Vertrauen in der Staatsgesellschaft äußert, und in wieweit das römische Recht diesen Satz durchgeführt hat, ist oben weitläufig erörtert [50]).

G. Ein mächtiger Hebel der Production ist das Erbrecht. Wer die Ueberzeugung hat, daß sein Nachlaß der unbekannten Menge als Beute zufallen oder in eine abstracte Staatscasse fließen werde, beschränkt seine Production, und sucht Alles, was er besitzt, nach Möglichkeit selbst zu genießen; die gegründete Aussicht dagegen, die Früchte seines Fleißes nach seinem Tode auf diejenigen zu übertragen, welche ihm nahe stehen und lieb sind, wird ihn zur Sparsamkeit und Thätigkeit anspornen. Eine Staatsgesellschaft, wie sie der St. Simomismus zu schaffen suchte, würde sich durch eine allgemeine Faulheit, Liederlichkeit und National-Armuth auszeichnen. Das Erbrecht macht den betriebsamen und ordentlichen Bürger, ist eine wichtige Quelle des Nationalreichthums und folgeweise der Cultur [51]).

---

48) Heft II. S. 19.
49) Siehe Puchta Pand. §. 139.
50) Heft I. S. 28 ff.
51) Roscher, Grundlagen. §. 86.

Es darf mit Sicherheit behauptet werden, daß es nie eine Staatsgesellschaft gegeben hat, ohne Beerbung, aus dem einfachen Grunde, weil die letztere auf Naturgesetz beruht. Die Natur hat jedem Menschen mehr oder weniger die Kindesliebe, die Verehrung gegen die Eltern, die Anhänglichkeit an den Ehegatten, an die Blutsverwandten eingepflanzt, und dadurch den Trieb erzeugt, seinen Nachlaß auf die Seinigen zu übertragen. Positive Satzungen haben dann die Erbfolgeordnung geregelt, und die steigende Civilisation, die Veränderung der Sitten und religiösen Ansichten eine allmählige Veränderung jener Normen, das heißt, eine Geschichte des Erbrechts hervorgerufen. Der Begriff der hereditas ist so alt, wie das römische Volk. Annehmen, das römische Volk habe ursprünglich die Beerbung nicht gekannt, hieße annehmen, ein Naturvolk habe sein Leben mit unnatürlichen Zuständen begonnen.

Die National-Oekonomik stellt aus dem angeführten Grunde an das positive Recht die Anforderung, daß Jedermann frei über seinen Nachlaß verfügen dürfe, mit der alleinigen Beschränkung, welche die Sittlichkeit und die herrschenden Ansichten der Zeit jedem Einzelnen auferlegen; sie verlangt die freie testamenti factio mit der Beschränkung eines Pflichttheilsrechts nahestehender Verwandte; sie verlangt ferner, daß da, wo der Tod Jemanden überrascht, und an der Erklärung seines letzten Willens verhindert, sein präsumptiver, nach den herrschenden Ansichten der Zeit und den Grundsätzen der Sittlichkeit festzustellender Wille zur Geltung komme. Das römische Recht hat, wiewohl langsam und in Jahrhunderten, diese Aufgabe zu lösen gesucht und im Wesentlichen gelöst, aber das Justinianeische Erbrecht, insbesondere das Notherbenrecht, ist noch voller Schlacken längst vergangener Zeiten und es ist tief zu beklagen, daß deutscher Unverstand diese Masse historischer

Ueberbleibsel nach Deutschland verpflanzt, sorgfältig, wie Juwelen, bewacht und dadurch unser geltendes Erbrecht zu einer Cloake gemacht hat. Das römische Notherbenrecht, wie es als practisches Recht gelehrt wird [51]), steht in vielen Puncten im Widerspruch mit der Ueberzeugung des deutschen Volks; jeder angehende Gelehrte, welcher genöthigt ist, es zu studiren, fühlt sich von einer geistigen Uebelkeit angewandelt und ist mit tiefer Indignation darüber erfüllt, daß deutsche Pedanten es wagen können, zu behaupten, daß dieser Wirrwarr in das deutsche Volksbewußtsein eingedrungen sei.

Wer eine Erbschaft, zu der er berufen wird, erwirbt, — was regelmäßig durch eine Willenserklärung geschieht — hat eine Klage gegen Dritte auf Herausgabe der Erbschaft; — die **hereditatis petitio** [52]). Dadurch erweitert sich der Begriff des Vermögens. Die vom Staat garantirte **Möglichkeit**, den Complex von Werthen, den der Nachlaß bildet, **zu erlangen**, erhält selbst Werth im Verkehr und neben der venditio rei tritt die venditio hereditatis [53]). Die hereditas ist also ein **ideelles** Gut und wird daher von den römischen Juristen unter den bona **civilia** aufgeführt [54]).

II. Als **specielle Institutionen, das Anvertrauen von Werthen zu befördern**, sind aus dem römischen Civilrecht folgende hier zu nennen: — die Klagbarkeit der Credit-Geschäfte [55]), die Zulässigkeit und Klagbarkeit der Bürgschaft [56])

---

[51]) Vgl. Puchta Pand. §. 485.

[52]) Puchta Pand. §. 515.

[53]) Puchta Pand. §. 521.

[54]) Heft I. S. 15. **Brinz**, Lehrbuch der Pandecten S. 653 ff.

[55]) Heft II. S. 32. Heft III. S. 67 ff.

[56]) Puchta Pand. §. 404.

die Haftung des Schuldners für culpa und mora[57]), die Beweismittel für die Existenz der Forderung (Schrift, arrha[58]), die Rechtsvorschriften über die Vertheilung des insolventen Vermögens beim concursus creditorum[59]), die Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers[60]), die juristische Persönlichkeit der hereditas jacens[61]), die cura hereditatis jacentis[62]), das beneficium separationis der Erbschaftsgläubiger[63]). Der Creditor ist nämlich folgenden Gefahren ausgesetzt. Es ist möglich, daß der Schuldner den creditirten Werth nicht restituiren will, daß er ihn nicht restituiren kann, daß er ihn nicht rechtzeitig restituirt, daß er ihn durch seine Verschuldung beschädigt oder vernichtet, daß der Schuldner die Existenz der Schuld ableugnet, daß der Schuldner mehrere Gläubiger hat und sein Vermögen zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht, daß der Schuldner stirbt, daß mit dem Tode des Schuldners längere Zeit Ungewißheit über die Person des Erben eintritt, daß während der ruhenden Erbschaft der Nachlaß geplündert wird, endlich, daß der Erbe insolvent ist, er also durch die Concurrenz der Gläubiger des Erben zu kurz kommt. Die angeführten Institute haben den Zweck, diese Bedenken des Gläubigers zu beseitigen.

Wir lassen nur von einzelnen dieser Institute eine weitere

---

57) Heft IV. S. 35 ff. und S. 61 ff.

58) Puchta Pand. §. 251. 254.

59) Puchta Pand. §. 247 ff.

60) Puchta Pand. §. 88.

61) Puchta Pand. §. 447.

62) Puchta Pand. §. 230. Note K.

63) Puchta Pand. §. 509. —

Ausführung folgen; denn es kommt hier nicht darauf an, diese Rechtsmaterien erschöpfend zu behandeln, sondern nur, an einzelnen Proben zu zeigen, wie wichtig für das Verständniß jener Rechtsinstitute die Nationalökonomik ist.

1. Klagbarkeit der Forderung.

Daß die Klagbarkeit des Creditgeschäfts eine wesentliche Bedingung des Credits ist, bedarf keines Beweises. Daß die Römer die actio in dieser Eigenschaft aufgefaßt haben, erhellt daraus, daß sie die Entziehung der actio oder die Aufhebung oder Beschränkung ihrer Wirksamkeit als Mittel angewendet haben, um die Entstehung gewisser Creditverhältnisse zu verhindern. Es sind:

a) für klaglos, also absolut nichtig erklärt alle Creditgeschäfte einer Ehefrau, falls diese eine Intercession für den Ehemann enthalten [64]). Dahin wird auch der Fall gerechnet, daß die Ehefrau selbständig contrahirt (Credit nimmt), um von ihrem Ehemann eine Verpflichtung abzuwenden, die er sonst eingegangen wäre [65]). Ferner sind die Intercessionen der Frauen überhaupt für absolut nichtig erklärt, wenn sie nicht in einer öffentlich abgefaßten und von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde geschehen sind [66]).

b) Die in gehöriger Form geschehenen Intercessionen der Frauenzimmer sind nach einem S. C. Vellejanum [67]) unwirksam bis auf einzelne besonders benannte Fälle. Aus den gemachten Ausnahmen ersehen wir den eigentlichen Inhalt und die eigentliche ratio des S. C. Dasselbe cessirt:

---

[64]) Nov. 134. c. 8. Daraus die auth.: Si qua mulier. C. (4. 29.)

[65]) L. 8. §. 14. D. (16. 1.)

[66]) L. 23. §. 2. C. (4. 29.)

[67]) Dig. 16. 1. Cod. 4. 29.: ad Senatusconsultum Vellejanum.

α) wenn der Creditor nicht wußte, daß die Frau intercedire, sondern der Meinung war, daß sie für sich, lediglich im eigenen Interesse, contrahire. Hieraus geht hervor, daß der Sinn des S. C. ist: Niemand soll einem Frauenzimmer creditiren, wenn das Geschäft eine Intercession ist, und daß der Nachtheil, welcher den Gläubiger trifft, eine Strafe sein soll. Diese muß also cessiren, wenn ihm die Unrechtfertigkeit nicht zugerechnet werden kann [68]).

β) wenn die Intercedentin für die Intercession bezahlt ist [69]). Daraus folgt, daß der Zweck des S. C. ist: Vermögensschaden aus den Intercessionen der Frauenzimmer abzuwenden. Das S. C. cessirt also, wenn sie aus der Intercession keinen Nachtheil haben kann.

γ) wenn sie sich bei der Intercession eines Betrugs gegen den Gläubiger schuldig gemacht [70]). Und:

δ) wenn sie die Intercession nach Ablauf von zwei Jahren wiederholt hat [71]). Hieraus erhellt, daß das S. C. von dem Erfahrungssatz ausgeht, daß Weiber bei Intercessionen leichtfertig zu Werke gehen. Die Annahme eines leichtfertigen Acts aber cessirt, wenn die Frau längere Zeit bei ihrem Beschluß beharrt. Das römische Recht setzt eine Frist von zwei Jahren fest. Ebenso cessirt die Annahme der Leichtfertigkeit, wenn sie

---

[68]) L. 12. D. ad S. C. Vellejanum (16. 1.): Immo tunc locus est Senatusconsulto, cum scit creditor eam intercedere. Paulus führt noch als Grund an: — weil sonst die Weiber überhaupt creditlos sein würden: — alioquin nemo cum feminis contrahet.

[69]) L. 23. pr. §. 1. C. ad S. C. Vellej. (4. 29.) In diesem Fall ist auch die Form der Intercession irrelevant.

[70]) Deceptis, non decipientibus opitulatur. L. 2. §. 3. D. ad S. C. Vellej. (16. 1.)

[71]) L. 22. C. eod. Nov. 62. c. 1. §. 1. in f.

darauf ausging, den Creditor zu hintergehen: infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit [72]).

Die Sorge für die Minderjährigen geht nach röm. Recht der Sorge für die Frauenzimmer vor. Wenn also das Interesse beider collidirt, so steht das Frauenzimmer hinter dem minor zurück; sie kann sich einem minderjährigen Gläubiger gegenüber nicht auf das Senatusconsult berufen; sie muß bezahlen, wiewohl erst dann, wenn die Insolvenz des Schuldners feststeht [73]). Ferner steht die Sorge für die Leichtfertigkeit der Frauen in zweiter Linie neben dem Grundsatz: Ne indotata sit mulier. Das S. C. cessirt also, wenn die Intercession für die Bestellung einer dos geschah [74]). Die Römer wählen also von zwei Uebeln das kleinere. Sie halten es für ein größeres Uebel, wenn ein Frauenzimmer kein dos hat, als wenn eine Frau durch eine Intercession benachtheiligt wird.

Die Zulassung des Verzichts auf das S. C. würde dasselbe ganz illusorisch machen, und mit der Intention des S. C. in Widerspruch stehen, die dahin geht, den Creditor zu bestrafen. Daß das S. C. für die Weiber einen Vortheil enthält, ist nur eine unvermeidliche Consequenz. Auch würde es ein Widerspruch sein, einerseits erst nach Ablauf von zwei Jahren, anzunehmen, daß das Weib mit der nöthigen Besonnenheit intercedirt habe (cit. l. 22. C.), und andererseits zu gestatten, daß sofort bei der Intercession mit Wirksamkeit auf das S. C. verzichtet werden könne.

Was das S. C. Vellejanum in Betreff der Frauenzimmer

---

[72]) cit. l. 2. §. 3.

[73]) L. 12. D. d. minor. (4. 4.)

[74]) L. 12. 25. C. ad S. C. Vellej. (4. 29.) Vgl. Heft IV. S. 11. Note 23.

ist, das ist das S. C. Macedonianum [75]) in Betreff der filiifamilias. Die Darlehns-Klage gegen einen Haussohn ist unwirksam. Der Sinn und die ratio des S. C. erhellt aus den gesetzlich gemachten Ausnahmen, in denen die Darlehns-Klage volle Wirksamkeit hat. Diese sind:

a) wenn das Darlehen zur Befriedigung eines wirklichen Bedürfnisses aufgenommen ist [76]). Daraus ergiebt sich, daß das S. C. verhindern will, daß filiifamilias sich Geld zu Luxus-Ausgaben leihen.

b) wenn der Gläubiger nicht wußte, daß der Entlehner filiusfamilias sei, und der Irrthum ein entschuldbarer war [77]). Daraus ergiebt sich, daß das S. C. eine Strafe für den Creditor enthalten soll. Deshalb kann auch ein filiusfamilias als solcher [78]) nicht auf das S. C. verzichten, denn daß dieses für ihn einen Vortheil enthält, ist nicht die eigentliche Intention, sondern nur eine unvermeidliche Consequenz.

c) wenn das Darlehen mit Wissen und (voraufgehendem oder nachfolgendem) Willen des Vaters aufgenommen ist [79]). Daraus ergiebt sich, daß das S. C. im Interesse des Vaters erlassen ist. Aus den Quellen wissen wir zufällig genauer, daß der Zweck war, Unfrieden oder gar verbrecherische Auftritte zwischen Vater und Sohn zu verhüten [80]).

Das Senatusconsult beschränkt sich ausdrücklich auf Geld-, Darlehen der Haussöhne [81]). Wenn es daher auch richtig

---

75) Dig. 14. 6. Cod. 4. 28: ad Senatusconsultum Macedonianum.

76) L. 47. §. 1. D. d. solut. (46. 3.) L. 7. §. 14. ad SCt. Macedonianum. (14. 6.)

77) L. 3. pr. §. 1. eod.

78) L. 2. C. eod.

79) L. 7. §. 15. D. eod.

80) L. 1. pr. 3. §. 3. D. eod.

81) Cit. l. 3. §. 3: — Is autem solus senatusconsultum offendit, qui

bleibt, daß aller Creditkauf Nichts als Darlehen ist [82]), so kann doch bei Creditkäufen des Haussohns das S. C. nicht Platz greifen, weil durchaus erforderlich ist, daß der creditirte, d. h. dem filiusfamilias hingegebene Werth die Form des Geldes hat. Nur dann tritt es auch bei andern Creditgeschäften in Anwendung, wenn die Absicht dahin ging, das S. C. zu umgehen: — si fraus senatusconsulto sit cogitata [83]).

Die Klagbarkeit der Forderung schützt den Creditor nicht vollständig gegen den bösen Willen des Schuldners, da dieser durch böswillige Consumptionen an seinem Vermögen die Wirksamkeit der actio ausschließen kann. Gegen dergleichen Consumptionen, wenn sie in einer wirklichen Vernichtung von Werthen bestehen, hat das Civilrecht keine Mittel [84]), wohl aber gegen rein privat-ökonomische Consumptionen, bei welchen ein Werth nur aus dem Vermögen des Schuldners in das eines Anderen übergeht [85]). Eine solche Consumption ist die Schenkung. Die Besorgniß des Creditors, der Schuldner möchte durch Verschenkung von Werthen seine actio erfolglos machen, wird im römischen Recht durch ein besonderes Institut, — die actio Pauliana, beseitigt [86]). Der Creditor hat in dem Falle, wenn der Schuldner absichtlich zu seinem (des Gläu-

---

mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit vel alio modo contraxit; nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est.

[82]) Heft III. S. 45.

[83]) cit. l. 3. §. 3.

[84]) Das Criminalrecht hat die Strafen des absichtlichen oder leichtfertigen Bankrotts als Präventivmittel gegen dergleichen Consumptionen des Schuldners.

[85]) Ueber den Unterschied der Begriffe „nationalökonomischer und privatökonomischer" Consumption, siehe Heft II. S. 46.

[86]) Sie ist prätorischen Ursprungs. L. 1. pr. l. 10. D. Quae in fraud. creditorum facta sunt, ut restituantur. (42. 8.)

bigers) Nachtheile Werthe verschenkt und dadurch bewirkt, daß derselbe im Concurse seine Befriedigung nicht erhält, eine Klage gegen den Beschenkten auf Herausgabe des Objects mit allen Accessionen, soweit dies zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Eine Betheiligung des Beschenkten am Betruge ist kein nothwendiges Requisit der actio Pauliana [87]); andererseits hat der Beschenkte nicht zu ersetzen, was er bona fide von dem geschenkten Werth consumirt hat. Er haftet also nur in quantum locupletior factus est [88]). Tauschverträge, soweit sie keine simulirte Schenkung enthalten, lädiren den Creditor nicht; denn hier liegt überall keine Consumption vor, da der weggegebene Werth zurückkehrt, nur in einer andern Form. Es ist daher auch kein Grund vorhanden, den Contrahenten des Schuldners verantwortlich zu machen, wenn der Schuldner den Tausch in der Absicht vornahm, ein Werthobject in eine andere Form umzuwandeln, welche zum Verbrauch oder zur Beiseiteschaffung bequemer ist, z. B. in die Form des Geldes. Das römische Recht giebt aber die actio Pauliana gegen den Contrahenten des Schuldners, wenn dieser sich an dem vom Schuldner beabsichtigten Betrug betheiligt, d. h. wenn derselbe wußte, daß der Schuldner das Tauschgeschäft mit ihm lediglich in der Absicht schließe, um seine Gläubiger zu benachtheiligen. Der letztere Umstand gehört daher wesentlich zum

---

[87]) L. 11. eod.: — si cui donatum est, non est quaerendum, an sciente eo, cui donatum gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores. Daß der Beschenkte, obgleich in bona fide, doch haften müsse, enthalte keine Unbilligkeit, meint Ulpian, weil er ja durch die act. Pauliana keinen positiven Schaden habe: — nec videtur injuria affici is, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum affligatur. L. 6. §. 11. eod.

[88]) cit. l. 6. §. 11. in f.: — In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non.

Fundament der Klage, um die Rescission des Tauschgeschäfts zu erwirken. Weil seine Verhaftung gegenüber den benachtheiligten Creditoren lediglich eine Strafe seines dolus ist, muß der Käufer die res empta herausgeben, ohne das gegebene pretium zurückfordern zu können; nur wenn die Geldstücke im Vermögen des Schuldners (Verkäufers) noch vorhanden sind, werden ihm diese zurückgegeben, da es sich nur darum handelt, die Creditoren außer Nachtheil zu stellen [89]). Niemals hat der Käufer aber eine exceptio gegen die actio Pauliana [90]). — Die Consumption von Werthen kann die juristische Consequenz einer Handlung sein. So der Antritt einer insolventen Erbschaft, indem man neue Schulden bekommt, ohne einen entsprechenden Werth zu erwerben. Es liegt nahe, an eine Analogie der actio Pauliana zu denken, wenn ein Schuldner in fraudem creditorum eine insolvente Erbschaft antritt, und dadurch wirklich seine Gläubiger benachtheiligt, und zu erwarten, daß in diesem Falle die Römer, den ursprünglichen Gläubigern des Erben das Recht gegeben hätten, eine Trennung der Erbschaft von dem ursprünglichen Vermögen ihres Schuldners und ihre Befriedigung aus dem letzteren, mit Ausschluß der Erbschaftsgläubiger, zu verlangen. Allein diese Analogie ist nicht zugelassen, wiewohl nicht zu bezweifeln ist, daß einzelne Juristen ihre Nothwendigkeit behauptet haben. Quaesitum est, sagt Ulipan, an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem? Sed nullum remedium est proditum;

---

89) L. 8. cod.: — — si numi soluti in bonis (debitoris) exstent, jubeat (arbiter) eos reddi, quia ea ratione nemo fraudetur.

90) L. 7. cod.: — quaesitum est, an (creditores) pretium restituere debent? Proculus existimat, omnimodo restituendum esse fundum, etiamsi pretium non solvatur.

sibi enim imputant, qui cum tali contraxerunt, nisi si extra ordinem putamus, Praetorem adversus calliditatem ejus subvenire qui talem fraudem commentus est, quod non facile admissum est [91]). Es folgt von selbst, daß die Römer noch vielweniger die Grundsätze der actio Pauliana zur Anwendung bringen, wenn der Schuldner in fraudem creditorum einen Erwerb ausschlägt. Quod autem, heißt es bei Ulpian, quum possit aliquid quaerere, non id agit ut quaerat, ad hoc Edictum non pertinet; pertinet enim Edictum ad deminuntes, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur [92]).

2. Concurs.

Der insolvente Schuldner ist an und für sich unbeschränkt, zu zahlen, an welchen Gläubiger er will und auf diese Weise unter den Creditoren eine Bevorzugung eintreten zu lassen. Insofern hat der Gläubiger für den Fall der Insolvenz des Schuldners nicht bloß zu fürchten, daß er an seiner Forderung gekürzt wird, sondern auch, daß er nach Willkühr des Schuldners leer ausgeht. Gegen diesen Nachtheil wird der Gläubiger gesichert, durch die rechtliche Möglichkeit zu bewirken, daß dem insolventen Schuldner die Disposition über sein Vermögen genommen, und letzteres nach einer bestimmten gesetzlichen Ordnung vom Gerichte unter die Creditoren vertheilt wird. Dieser rechtliche Zustand des Schuldners heißt: concursus creditorum und das gesetzlich geregelte Verfahren von der Eröffnung des Concurses bis zur Vertheilung der Masse: Concursproceß. Die Erörterung der Garantien, welche der Proceß den Gläubigern bietet, gehört nicht hierher. Aber wir haben die

---

91) L. 1. §. 5. D. d. separat. (42. 6.)

92) L. 6. pr. D. Quae in fraud. cred. (42. 8.)

Frage aufzuwerfen: — wie ist mit Rücksicht auf den Credit die Priorität der Forderungen gesetzlich zu ordnen?

Denken wir uns nur einfache Schuldverhältnisse des Cridars: so folgt aus dem bereits öfter erwähnten Grundsatz der Römer, nach welchem der geschuldete Gegenstand materiell nicht mehr zum Vermögen des Schuldners gehört, daß die Gläubiger rein nach dem Alter ihrer Forderungen rangiren müssen und unter gleich alten keine Bevorzugung eintritt. Dennoch haben die Römer diesen Grundsatz hier verlassen. Denn würde derselbe zur Anwendung kommen: so würde eine bedeutende Schwächung des Credits eintreten, weil Niemand creditiren würde, aus Furcht, der Schuldner könnte schon viele ältere Gläubiger haben und das Alter späterer Forderungen fälschlich zurückdatirt werden. Der ganze Zweck des Concursverfahrens wäre verfehlt. Sie mußten nothwendig zu der Inconsequenz gelangen, daß grundsätzlich die Masse ohne Rücksicht auf das Alter der Forderungen pro rata vertheilt werde. Aus demselben Grunde hätten sie auch gegen alle und jede privilegia exigendi sein müssen, ausgenommen etwa bei Forderungen auf anvertraute Gegenstände oder Werthe, welche von Anfang an nach Absicht der Contrahenten aus dem Vermögen des Schuldners ausbeschieden bleiben sollten, aber durch irgend ein Ereigniß oder eine juristische Consequenz formell Bestandtheile der Masse geworden; ferner bei Forderungen, bei denen es sich um höhere Zwecke, als Beförderung des Credits, handelt, wohin auch die rein sittlichen gehören. Als privilegirte Forderungen rechtfertigen sich aus dem ersteren Grunde das Depositum regulare und irregulare [93]); aus dem letzteren Grunde: 1) die Forderungen des Fiscus wegen der öffentlichen Abgaben; 2) die

[93]) Heft III. S. 39. 40.

Kosten der letzten Krankheit des Schuldners; 3) die Begräbnißkosten; 4) das Gesindelohn (aus Mitleid gegen arme Leute); 5) die Forderungen der Bevormundeten gegen ihre Vormünder wegen Vormundschaftsforderungen. Das römische Recht und die deutsche Praxis [94]) haben die Privilegien anerkannt, aber das erstere hat sie aus unzureichenden Gründen sehr vermehrt und dadurch, wenn auch für einzelne Fälle [95]), einen größeren Credit begründet, doch dem Credit im Ganzen sehr geschadet.

Es ist schon an einem andern Ort [96]) ausgeführt worden, daß der sogenannte Real-Credit kein Credit sei, sondern in der Entstehung einer hypothekarischen Forderung ein Austausch von Werthen liege; der sogenannte Pfandgläubiger erhalte gegen den von ihm gegebenen Werth einen andern zurück. Die Geltendmachung des Pfandrechts ist nur eine Realisirung dieses Werths, der schon vorher als aus dem Vermögen des Pfandschuldners ausgeschieden zu betrachten ist; die actio hypothecaria hat daher die Natur einer Vindication (eines Werths) und der Pfandgläubiger im Concurse des Pfandschuldners die Eigenschaft eines Vindicanten. Daraus folgt, daß das Institut der Hypothek an sich keinem Gläubiger einen Grund zu Besorgnissen giebt und folgeweise nicht nachtheilig auf den Credit, d. h. Personalcredit, wirken kann. Wohl aber ist dies möglich durch die schlechte Einrichtung des Hypothekenwesens und des Hypothekenrechts, wie bei den Römern. Was den Credit gefährdet, ist die Unsichtbarkeit der bestellten Hypotheken. Niemand wird leicht creditiren aus

---

94) Puchta Pand. §. 248.

95) Puchta Pand. §. 248. S. 381.

96) Heft III. S. 48. 49.

Furcht vor bestehenden Hypotheken, rücksichtlich deren man lediglich auf die Versicherung und Redlichkeit des Schuldners angewiesen ist. Dieser Mangel wird gründlich nur beseitigt durch das System der Publicität und Specialität [97]) der Pfandrechte an Grundstücken und durch die Aufhebung des Pfandrechts an beweglichen Sachen.

3. Haftung des Erben.

Es gab in Rom eine Zeit, wo das Schuldverhältniß ein rein persönliches war. Der Schuldner haftete mit seiner Person, aber nicht mit seinem Vermögen, und mit seinem Tode war das Schuldverhältniß erloschen. Die Folge davon mußte nothwendig sein, daß man schwer creditirte, nur auf kurze Zeit und gegen hohe Assecuranz-Prämie. Allmählig entstand die entgegengesetzte Anschauung: — der Schuldner haftet mit seinem Vermögen. Es entsteht der Begriff des aes alienum [98]), d. h. die Vorstellung, daß geschuldete Werthe materiell keine Bestandtheile des Vermögens sind; das Vermögen bilden die bona, quae deducto aere alieno supersunt [99]). Den Nachlaß bilden also diejenigen Werthe, welche nach Abzug der Schulden übrig bleiben. Eine bloße Consequenz dieser Vorstellung ist die Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers, soweit die Erbschaft reicht. Nur insoweit bietet der Rechtssatz: actiones dantur in heredes [100]) den Gläubigern eine Garantie. Denn der Haftung mit ihrem eigenen Vermögen, welche auf der Idee eines vollständigen Repräsentativ-Verhältnisses zum

---

[97]) Es ist in Mecklenburg eingeführt und bis zu einem hohen Grade der Vollkommenheit ausgebildet.

[98]) Heft III. S. 51.

[99]) Eod. Note 162.

[100]) L. 49. D. d. O. et A. (44. 7.)

Erblasser beruht, können sie sich entziehen: — die heredes necessarii durch das beneficium abstinendi, die heredes voluntarii durch das beneficium inventarii [101]).

4. Hereditas jacens.

Die Unsterblichkeit einer Person als Vermögenssubject ist ein wesentliches Moment zur Beförderung des Credits. Die Römer dulden daher kein Intervallum zwischen dem Todesmoment und dem Moment des Antritts der Erbschaft, und heben das factisch vorhandene durch die Fiction auf, daß der Erbe angesehen wird, als habe er die Erbschaft unmittelbar im Todesmoment des Erblassers angetreten [102]). Daraus folgt dann weiter, daß alle Ereignisse, welche nach dem Tode des Erblassers die hereditas jacens treffen, angesehen werden, als seien sie im letzten Lebensmoment des Erblassers geschehen. Dies ist die Fiction, welche die Römer vornehmen. Sie fingiren nicht die Fortdauer des Defunctus bis zum Erbschafts-Antritt, sondern datiren den Erbschafts-Antritt und folgeweise alles Voraufgehende in den letzten Lebensmoment des Erblassers zurück [103]). Die Fiction besteht also darin, daß angenommen wird, daß der Defunctus alle Ereignisse, welche die hereditas jacens berühren, noch erlebt habe. Ich habe diese Ansicht an einem andern Orte begründet [104]).

---

101) Puchta Pand. §. 500. 508.

102) L. 54. D. d. acq. hered. (29. 2.)

103) Ganz entsprechend wird andererseits fingirt, daß das Testament der letzte Wille des Erblassers sei, also in den letzten Lebensmoment desselben hinausdatirt. Testamentserrichtung, Tod und Antritt der Erbschaft, sind juristisch Zeitpuncte, die ohne Unterbrechung auf einander folgen.

104) Siehe meine Abhandlung: die negotiorum gestio, S. 29. Note 14. Vgl. Schletter's Annalen, 1856. Bd. II. Heft 2. Die Kritik legt dieser Note Bedeutung bei. Auffallend ist mir gewesen, daß Köppen in seiner Abhandlung: die Erbschaft, auf S. 84. diese Note gänzlich ignorirt.

5. Beneficium separationis.

Jeder Creditor hat zu fürchten, daß, wenn sein Schuldner stirbt, dessen Erbe insolvent sein, er also möglicherweise durch Concurrenz der Gläubiger des Erben benachtheiligt werden kann. Das römische Recht gab den Creditoren eines Verstorbenen das sogenannte beneficium separationis. Sie können verlangen, daß die Erbmasse von dem Vermögen des Erben getrennt wird und sie zunächst aus der Erbmasse befriedigt werden. Dieses Institut ist eingeführt durch das prätorische Edict. Sciendum est, sagt Ulpian, separationem solere impetrari decreto Praetoris. Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis, ut puta: debitorem quis Sejum habuit, hic decessit, heres ei exstitit Titius, hic non est solvendo, patitur bonorum venditionem; creditores Seji dicunt bona Seji sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem; fieri enim potest, ut Sejus quidem solvendo fuerit, potueritque satis creditoribus suis, vel ita semel, etsi non in assem, in aliquid tamen, satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo, aut minus consequantur, quia plures sunt; hic est igitur aequissimum, creditores Seji desiderantes separationem audiri, impetrareque a Praetore, ut separatim, quantum cujusque creditoribus praestetur [105]). Das Institut gewährt aber den Creditoren keinen unbedingten Schutz gegen die Insolvenz des Erben. Eine Beschränkung enthält zunächst der Satz: Quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent [106]). Der Erbe ist

---

[105]) L. 1. pr. §. 1. D. d. separationibus. (42. 6.)
[106]) L. 2. eod.

berechtigt, über die erworbene Erbschaft zu disponiren, bis die Creditoren die Separation beantragen, wenn er nur nicht in fraudem creditorum defuncti handelt. Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur; utique si nulla fraudis incurrat suspicio [107]). Sodann ist das Recht der Separation durch eine Verjährung von fünf Jahren beschränkt [108]). Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium, post aditionem numerandum separatio non postuletur [109]).

Daß das beneficium separationis dazu dient, den Credit zu fördern, kann nicht bezweifelt werden; wiewohl die Aequität das Motiv zu seiner Einführung gewesen ist.

---

[107]) cit. l. 2.

[108]) L. 1. §. 13. eod.

[109]) Man sieht, daß die Verjährungsfrist ursprünglich unbestimmt und dem richterlichen Ermessen überlassen war.

II.

Vom Werth. Gemeinschaftliche Werthe. Communio und deren Aufhebung.

Es ist früher gesagt worden, daß man jedes Gut als einen abstracten Werth auffassen könne, und daß in diesem Werth, nicht in der Gestalt und Form das Wesen der Güter bestehe. Auch ist hervorgehoben, daß die Römer bereits zu dieser Erkenntniß gekommen seien [110]).

Aus dieser Betrachtung ergiebt sich weiter Folgendes. Ein abstracter Werth, insofern er sich stets in einer Summe Geldes darstellen läßt, ist beliebig theilbar. Es ist daher möglich und denkbar, daß mehrere abstracte Werthe zu dem Vermögen mehrerer verschiedener Personen gehören, während das Object, in welchem sich die Summe jener Werthe vereinigt, ein ungetheiltes oder gar untheilbares Gut ist.

Wenn ein solches Object zu Grunde geht, also werthlos wird, so tritt nothwendig ein Verlust aller Interessenten ein. Aendert sich dagegen blos der Werth, indem der Marktwerth eines solchen Objects fällt oder steigt, so kann vertragsmäßig oder gesetzlich ein doppelter Erfolg eintreten. Die Folge kann sein, daß dadurch nicht alle Interessenten verlieren oder gewinnen, — aber auch zweitens, daß sämmtliche Interessenten einen Verlust erleiden oder einen Gewinn machen. Im letzteren Fall heißt das Object, in welchem sich die mehreren Werthe

---

110) Heft I. S. 17.

concentriren, ein gemeinschaftliches und das Verhältniß der Interessenten zu einander Communion.

Man muß mithin unterscheiden: Gemeinschaftlichkeit eines Guts im weiteren Sinne und Communion im engeren Sinne. Das Merkmal, welches beide Begriffe mit einander verbindet, ist, daß beim Untergang des Objects ein Verlust aller Interessenten Statt findet; das Merkmal, welches beide Begriffe trennt, ist, daß im Fall einer bloßen Werthänderung, nur im Fall einer Communion ein Verlust oder Gewinn aller Interessenten eintritt.

Zum Begriff der Communion gehört also:

1) Die Vereinigung mehrerer verschiedenen Personen gehöriger Werthe in demselben Object. Daraus folgt, daß wenn dem A an einer Sache das Eigenthum, dem B deren Productivdienste zustehen, dadurch zwischen beiden keine Communion begründet wird, weil eine Sache und deren Productiv-Dienste, wie wir früher ausgeführt haben [111], verschiedene Objecte sind. Der Emphyteuta, der Superficiar, der Servitutberechtigte, steht also mit dem Eigenthümer der Sache in keiner Communion. Es giebt also nur eine Gemeinschaft rücksichtlich der Sache oder rücksichtlich ihrer Productivdienste; aber A und B können eine gemeinschaftliche Sache, C und D gemeinschaftlich die Productivdienste derselben Sache haben. Denkt man sich die Sache und ihre Productivdienste als abstracte Werthe [112], so kann man sagen: dadurch daß der A den Tauschwerth, der B den Gebrauchswerth einer Sache haben, wird keine Communion begründet; es könne aber A und B gemeinschaftlich den Tauschwerth, C und D gemeinschaftlich den Gebrauchswerth einer und derselben Sache haben.

---

[111]) Heft II. S. 5.

[112]) Vergl. Heft II. S. 8.

Zum Begriff der Communion gehört ferner:

2) Daß wenn der Marktwerth des gemeinschaftlichen Objects sich ändert, ein gleichmäßiger Gewinn oder Verlust aller Interessenten eintritt. Daher begründet die Constituirung einer Hypothek keine Communion zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigenthümer des Pfandobjects; denn, wenn auch hier ein Werth des Ersteren und ein Werth des Letzteren sich in demselben Objekt vereinigen, so tritt doch, wenn der Marktwerth des Pfandobjects fällt, zunächst nur ein Verlust des Eigenthümers und wenn er steigt, nie ein Gewinn des Pfandgläubigers ein. Aus demselben Grunde stehen der prior und posterior creditor in keiner Communion.

3) Es müssen mehrere, verschiedenen Personen gehörige Werthe sich in demselben Object vereinigen. Mithin kann im Falle der Concurseröffnung über das Vermögen eines Schuldners rücksichtlich der Concursmasse keine Communion unter den Concursgläubigern entstehen. Denn, wenigstens nach römischem Rechte, bleibt der Gemeinschuldner Subject des Vermögens und verliert nur die Dispositionsfähigkeit; der Staat versilbert die Masse und vertheilt sie in einer gesetzlich bestimmten Ordnung unter die Creditoren.

Die römischen Juristen haben sich mit der Analyse des Communions-Begriffs nicht befaßt; sie setzen vielmehr den Begriff: res inter aliquos communis als bekannt voraus. Dies hat eine zweifache nachtheilige Folge gehabt. Erstens sind sie nicht im Stande gewesen, eine scharfe Grenze zwischen der communio und ähnlichen Verhältnissen zu ziehen, wie dies hier eben geschehen ist. Zweitens konnten sie den logischen Zusammenhang der communio mit anderen ähnlichen nicht erkennen, indem sie nicht darauf kamen, daß ein höherer Begriff „Gemeinschaftlichkeit der Werthe" existirt, welcher die communio und die eben-

erwähnten ähnlichen Verhältnisse unter einem Gesichtspunct zusammenfaßt.

Es ist kaum nöthig zu bemerken, daß der bloße gemeinschaftliche Zweck, zu welchem das (vielleicht factisch vereinigte) Vermögen mehrerer Personrn verwendet werden soll, keine Communion bedingt. Wenn also das Vermögen zweier Ehegatten nach Gesetz oder Vertrag u. A. die gemeinschaftliche Bestimmung hat, daß davon ohne alle weitere Unterscheidung die gesammten Schulden beider Ehegatten bezahlt werden sollen, so liegt deshalb keine Communion vor, d. h. der gemeinschaftliche Zweck ist sehr gut zu erreichen, ohne daß die Sachen der Eheleute res communes werden. Ebenso entsteht durch eine Productivgesellschaft [113]) unter den sociis keine Communion an den Capitalgegenständen (Grundstücken, Gebäuden, Maschinen, Geräth ꝛc.), welche von der einen oder von beiden Seiten conferirt worden; der gemeinschaftliche Zweck (der Production) ist sehr wohl zu erreichen, ohne daß diese Capitalgegenstände res communes unter ihnen werden. Andererseits ist jedoch die communio an diesen Capitalgegenständen nicht ausgeschlossen, immer sind es aber hinzutretende besondere, nicht in dem Wesen der Productiv-Gesellschaft liegende Momente, welche eine solche communio zur Folge haben.

Niemals kann das Recht da eine Communion statuiren, wo begrifflich, d. h. ökonomisch, eine solche nicht vorliegt; umgekehrt aber giebt es erfahrungsmäßig Fälle, in denen das Recht eine, ökonomisch vorhandene, Communion ignorirt. In diesen Fällen wird entweder die Communion in dem Moment ihrer Entstehung sofort wieder aufgelöst, indem durch einen Rechtssatz die Theilung geschieht, dergestalt, daß die ver-

---

113) Vergl. Heft I. S. 21. ff.

bundenen Werthe der Interessenten sofort realiter getrennt sind. Oder es tritt für einen oder mehrere Interessenten eine wirkliche Expropriation ein, jedoch eine Entschädigungsforderung an die Stelle des entzogenen Werthes; nur unter Umständen fällt aus besonderen Gründen die Entschädigungsforderung weg. Auf diesen Punct müssen wir weiter unten zurückkommen.

Weil der Werth einer res communis veränderlich ist, drückt man, um den Antheil eines jeden Interessen fest und unveränderlich bestimmen zu können, diesen als Quote des Objects aus, welches als Einheit (= 1) gesetzt wird. Man sagt also z. B. der Antheil eines Interessenten ist $1/2$, $1/3$, $1/4$ u. s. w. und hat damit diesen fest bestimmt, möge der Werth des res communis steigen oder fallen. Weil die so bestimmten Antheile etwas rein Ideelles (d. h. Gedachtes) sind, sagen die römischen Juristen von den Interessenten: partes intellectu habent [114]).

Da bei jeder Communion das gemeinschaftliche Object eine Summe von Werthen bildet, so können nur Dinge, welche einen Werth haben, Gegenstand einer Communion sein. Da ferner alle Vermögens-Bestandtheile Werthe sind; so folgt, daß Alles, was Vermögensbestandtheil ist, auch Gegenstand einer Communion sein kann, mithin Alles, was die Römer unter bona naturalia und bona civilia verstehen. Es können also auch Prädialservituten in und mit dem gemeinschaftlichen praedium dominans gemeinschaftlich sein, weil sie in und mit dem praedium dominans übertragbar sind, und somit einen Werth haben; ebenso der usufructus, weil er, wenn gleich unübertragbar, doch die Quelle von Werthen ist. Der usus ist begrifflich von den Gegenständen der Communion ausgeschlossen.

---

114) L. 5. D. de stip. serv. (45. 3.). Vgl. L. 66. D. de legat. (II.): — plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione obtinent. —

Aber dennoch statuiren die römischen Juristen einen communis usus. — Sie entschuldigen diese mit dem Begriff des usus und der communio im Widerspruch stehende Abnormität mit einem Nothstand: — propter necessitatem fit, sagen sie [115]). Wie es scheint, haben sie den Fall vor Augen, daß der usus einer Sache zweien Personen als Vermächtniß hinterlassen ist, und begehen eine Inconsequenz, um eine letzwillige Verfügung aufrecht zu erhalten, welche sonst widersinnig, also nichtig sein würde.

Es ergiebt sich von selbst, daß das gesammte Vermögen mehrerer Personen gemeinschaftlich sein kann. Diese Communion nennen die Römer communio omnium oder universorum bonorum [116]).

Die Geschichte der Communion ist theilweise eine Geschichte ihres Gegenstandes, welche nothwendig parallel

[115]) L. 10. §. 1. D. Communi div. (10. 3.): Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio postest fieri in communi dividundo judicio videamus. Sed Praetor interveniet et rem emendabit, et si judex alteri usum adjudicaverit non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti, quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit.

[116]) Es ist bemerkenswerth, daß bei der communio omnium bonorum das Vermögen nicht als Ganzes, nicht als ein Complex von Werthen, sondern jeder materielle und immaterielle Vermögensbestandtheil für sich Gegenstand der Communio ist, dergestalt, daß man den Ausdruck Communio omnium bonorum lediglich als eine kurze Collectiv-Bezeichnung zu nehmen hat, wodurch eine Menge von Communiones in einen Ausdruck zusammengefaßt werden. Dies hat eine sehr practische Folge, welche schon hier angeführt werden mag, — daß nämlich die actio communi dividendo auf Theilung rücksichtlich der ungetheilt gebliebenen Objecte wiederholt angestellt werden kann. Anders bei der Concurrenz mehrerer Erben zum Nachlaß eines Verstorbenen. Hier bildet die Erbschaft, hereditas, ein immaterielles Ganze, weshalb von den Erben die actio familiae herciscundae nicht wiederholt angestellt werden kann rücksichtlich einzelner ungetheilt gebliebener Erbschaftsobjecte. L. 4. §. 2. D. Communi divid. (10. 3.) Vergl. L. 20. §. 4. D. Fam. herc. (10. 2.)

geht mit der allmähligen Entwickelung des Vermögensbegriffs. Es kann nicht bezweifelt werden, daß die ältesten Gegenstände der Communion Eigenthums-Objecte, — Sachen, unter diesen Grundstücke (ohne oder mit Prädialservituten) gewesen sind. Erst allmälig mit der Erweiterung des Vermögensbegriffs hat sich der Gegenstand der Communion erweitert.

Eine Communion kann auf dreifache Weise entstehen:

1) Mehrere Werthe, welche Bestandtheile des Vermögens verschiedener Personen sind, werden in einem und demselben Object vereinigt.

2) Mehrere Personen erwerben durch ein und dasselbe Ereigniß Werthe, welche bereits in einem und demselben Objecte verbunden sind.

3) Jemand macht einen ihm vollständig gehörigen Werth zu einem mit anderen Personen gemeinschaftlichen Werth.

Die Communion kann von den Interessenten beabsichtigt sein, also auf Vertrag beruhen; aber auch unabhängig von ihrem Willen entstehen. Im letzteren Falle sagen die Römer: incidimus in communionem [117]).

1) Der Vertrag, durch welchen eine Communion entsteht, fällt unter die Gattung der Verträge, welche die Römer societas nennen, und ist entweder eine societas rei unius oder omnium bonorum [118]). Die societas, von der hier die Rede ist, hat die Communio zum unmittelbaren und alleinigen Zweck, so daß, wenn die fraglichen Gegenstände gemeinschaftlich gemacht sind, damit

---

117) L. 31. Dig. Pro socio. (17. 2.)

118) L. 5. D. eod. —

der ganze Zweck der societas erreicht ist. Diese Societät ist wesentlich verschieden von derjenigen, welche wir früher Productiv-Gesellschaft genannt haben, und mit derselben überall nicht unter einen gemeinschaftlichen Gesichtspunct zu stellen[119]).

Da derjenige, welcher eine ihm eigenthümlich gehörige Sache zur res communis macht, einen Vermögenswerth aufopfert, und überträgt, so wird er dies regelmäßig nicht ohne Entgeld thun, d. h. ohne einen entsprechenden Werth zurückzuempfangen. Die Rückleistung kann auf verschiedene Weise geschehen. Z. B. der socius A macht sein Haus, welches einen Werth von 10 hat, zur res communis und der socius B zahlt ihm dagegen baar 5 aus. Ein anderes Verfahren ist: auch der B macht seinerseits ein ihm gehöriges Grundstück vom gleichen Werth zur res communis. Man sieht hieraus, daß, wenn zwei socii Eigenthumsobjecte gegenseitig zur res communes machen, ein Austausch von Werthen Statt findet. Es kann dabei von einer Seite theilweise eine Schenkung Statt finden, wenn nämlich die beiderseitig zu conferirenden Gegenstände nicht gleichen Werth haben, gerade, wie wenn Jemand eine Sache unter dem Werthe verkauft animo donandi. Es liegt ferner stets in der Eingehung einer communio ein gewagtes Geschäft, indem die Unglücksfälle, welche die res communes treffen, gemeinschaftlich getragen werden. Einen besonders aleatorischen Character hat die societas universorum bonorum, wenn auch das künftige Vermögen der socii gemeinschaftlich werden soll, in diesem Falle kann der eine socius durch Glückszufälle und Talent des andern viel lucriren.

---

119) Dies geschieht dennoch durchweg in den Compendien. —

Der practische Zweck der socii, die eine communio rerum eingehen, kann kein anderer sein, als die einseitige Disposition eines socius auszuschließen [120]).

2) Die Gründe, aus denen unabhängig von dem Willen der Interessenten eine communio entstehen kann, sind verschieden.

a) die communio kann die reine Wirkung eines Naturgesetzes sein. Gegenstände, welche verschiedenen Personen gehören, verbinden sich in Folge eines Naturgesetzes dergestalt miteinander, daß eine Trennung und abgesonderte Wiederherstellung der Gegenstände unmöglich ist, z. B. Quantitäten von Flüssigkeiten, welche verschiedenen Personen gehören, vermischen sich durch Zufall mit einander [121]). Das Recht, welches nie den practischen Standpunct aus den Augen lassen darf, sollte die mit großer Schwierigkeit verbundene Wiederherstellung practisch der Unmöglichkeit einer Trennung gleichstellen. So, wenn verschiedene Flüssigkeiten sich vermischen oder verschiedene Metalle zusammenschmelzen und ihre Trennung nur durch eine chemische Analyse stattfinden kann. Allein, wenn gleich einzelne römische Juristen dieser Ansicht waren [122]), so hat doch das römisch Justinianische Recht

---

120) L. 28. D. Comm. div. (10. 3.): — in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse.

121) L. 3. §. 2. D. d. R. V. (6,1.): — Pomponius scribit; si quid, quod ejusdem naturae, est ita cunfusum est atque commixtum, ut diduci et separari non possint, non totum sed pro parte esse vindicandum; utputa, meum et tuum argentum in massam redactum est, erit nobis commune et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus vindicabimus.

122) — — si ex melle meo vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari, L. 5. §. 1. D. eod.

die entgegengesetzte Ansicht, — daß in diesem Falle[123]) keine communio eintrete, recipirt.

Es kann nicht auffallen, wenn das Recht aus derselben practischen Rücksicht die Vermengung von Gegenständen als eine Vermischung derselben behandelt, wenn die vermengten Gegenstände in ihrer Individualität unkenntlich werden. So, wenn Getreide derselben Art und Qualität mit einander vermengt wird[124]). Man würde es für durchaus practisch halten müssen, wenn das Recht den Fall ganz ebenso behandelte, wo zwar die vermengten Quantitäten kenntlich bleiben, aber ihre Trennung factisch unmöglich wird, z. B. wenn eine Quantität Weizen und eine Quantität Erbsen oder eine Quantität Weizen mit einer andern von verschiedener Qualität vermengt sind. Allein die römischen Juristen behandeln diesen Fall nicht als Communion, was um so auffallender ist, da der Vindicant sich jedenfalls mit dem Werth seines Getreides begnügen muß, indem eine Restitution in natura factisch unmöglich ist.

Der Fall, in welchem Einer der Interessenten die Ver-

---

[123]) L. 5. §. 1. eod. — ... non erit ea nostra communis, ... quia ab artificibus separari et in pristanam materiam reduci solet. Callisratus in l. 12. §. 1. d. A. R. D. (41. 1.)

[124]) L. 78. D. d. solut. (46. 3.) Vergl. §. 28. J. d. rer. divis. (2,1.): Quodsi frumentum Titii frumento tuo ... casu mixtum fuerit, ... non videtur commune esse. Diese Stelle handelt von dem Fall, in welchem das vermischte Getreide mindestens der Qualität nach verschieden und daher kennbar bleibt. Dieß ergiebt sich aus dem Schluß der Stelle: — ipse aestimet (judex) quale cujusque frumentum fuerit. Auch wäre kein irgend verständiger Grund ersichtlich die Vermengung von Getreide anders als die Vermengung des Geldes (cit. l. 78.) zu behandeln. —

mischung oder Vermengung vorgenommen hat, wird rechtlich dem casus gleichbehandelt [125]).

b) Die Communion kann ferner durch einen positiven Rechtssatz entstehen. Dahin gehört der Fall, wo mehreren Personen ein und dasselbe Object als Vermächtniß hinterlassen wird. Ferner, wo mehrere Personen ipso jure in den Nachlaß eines Verstorbenen succediren. Denn, daß ein zum Nachlasse eines Verstorbenen gehöriges Object res communis bestimmter Personen wird, setzt die rechtliche Möglichkeit letztwilliger Verfügung, — und die Möglichkeit einer Singular-Succession voraus; daß der ganze Nachlaß einer Person sofort mit ihrem Tode res communis verschiedener Personen werden kann, setzt das Rechtsinstitut der heredes necessarii voraus.

c) Die Communion kann die Folge einer rein ökonomischen Anschauung sein. Z. B. der A nimmt auf seine Kosten eine Reparatur an dem Hause des B vor, fügt also einen Werth, den er aus seinem Vermögen consumirt, dem Hause des B zu. Es liegt hier ökonomisch eine Communion vor, indem ein Werth, welcher dem A gehörte, mit dem Hause des B verbunden ist.

In solchen Fällen wird stets die Frage sein, ob sich das Recht dieser ökonomischen Anschauung angeschlossen und sich ihm entsprechend gestaltet hat [126]).

d) Die Communion kann die Folge eines Societäts-Vertrages sein. So sind bei einer Productiv-Gesellschaft die erzielten

---

[125]) cit. §. 28. J. d. rer. div. (2. 1.): — si casu id mixtum fuerit vel Titius id miscuerit sine tua voluntate. Von der besondren Behandlung der Fabrikation aus fremden Rohstoffen ist an einem andern Orte die Rede gewesen. Heft I. S. 29 ff.

[126]) Vergl. unten S. ff.

Producte res communes, weil in jedem Product sich Werthe der einzelnen socii vereinigen, der Werth der Arbeit des einen socius und das in dem Product steckende Capital des andern socius.

Die Geschichte der Communion ist theilweise eine Geschichte ihrer Entstehung. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß die communio incidens die ältere ist, weil die vertragsmäßige bereits Speculation voraussetzt. Unter den Communionen, welche unabhängig von dem Willen der Interessenten entstehen, ist der Fall einer gemeinschaftlichen Erbschaft uralt, und man kann wohl mit Bestimmtheit sagen, so alt, wie die Geschichte der Völker.

Die Auflösbarkeit einer jeden Communion liegt in ihrem Begriff. Der Vertrag der Unauflösbarkeit einer Communion wird von den Römern für null und nichtig erklärt. Heutzutage giebt es jedoch Communionen, welche vertragsmäßig unauflösbar sind, so daß der einzelne socius nicht das Recht hat, die Auflösung zu verlangen. Eine solche Communion entsteht, wenn Capitalisten sich zu einer Actiengesellschaft vereinigen, um ein Product zu erzeugen, das demnächst von ihnen als stehendes Capital zu einer dauernden Industrie-Unternehmung dienen soll. So ist die Communion, deren Gegenstand eine auf Actien erbauete Eisenbahn ist, unauflösbar. Ja es bedarf nicht einmal einer ausdrücklichen Beredung dieserhalb, vielmehr wird der Vertrag der Unauflösbarkeit stillschweigend als vorhanden angenommen[127]).

Die Auflösung der Communion geschieht dadurch, daß die in dem gemeinschaftlichen Object verbundenen Werthe getrennt werden. Dies ist möglich:

---

[127]) Vergl. H. Thöl, Handelsrecht Bd. I. S. 47.

1) durch factische **Theilung** des **gemeinschaftlichen Objects selbst**. Der Begriff der Theilung beschränkt sich auf körperliche Gegenstände; eine Theilung ideeller Dinge ist undenkbar. Allein es hat einen Sinn, von der Theilbarkeit ideeller Dinge zu reden, wenn diese Nichts weiter sind, als Zeichen, welche körperliche Gegenstände repräsentiren. So kennt die Mathematik die Theilbarkeit von Ziffern und Buchstaben, und die Jurisprudenz die Theilbarkeit der ideellen bona civilia oder Rechte, sofern sie nichts weiter sind, als Surrogate körperlicher Gegenstände. Es giebt eine Theilbarkeit eines Rechts durch die Theilbarkeit seines Gegenstandes und die Theilung geschieht, indem man den Gegenstand theilt und jedem Communions-Interessenten das Recht an dem Theil oder auf den Theil zuweist.

Es lassen sich daher nicht bloß res communes, sondern auch eine gemeinschaftliche bonae fidei possessio [128]) einer Sache, ein gemeinschaftliches **Pfandrecht** [129]) an einer Sache; ein gemeinschaftliches **Forderungsrecht** [130]) auf eine Sache, eine gemeinschaftliche **hereditas** [131]) theilen. Man theilt die ex justo titulo und bona fide erworbene Sache und weist jedem Interessenten einen Theil zum Besitz an, so daß derselbe die actio Publiciana für diesen Theil bekommt und in conditionem usucapiendi gelangt; — die res pignorata, indem man jedem Communions-Interessenten (Pfandgläubiger) ein Pfandrecht an einem Theil einräumt, ein gemeinschaftliches Forderungs-Recht, indem man jedem Communions-Interessenten (Gläubiger) eine actio auf einen Theil der geschuldeten Sache giebt; man theilt

---

[128]) L. 7. §. 2. D. Comm. divid. (10. 3.): Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo judicium possunt exercere.

[129]) Siduo sint, qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse, utile communi dividundo judicium dari. cit l. 7. §. 6.

[130]) L. 6. C. fam. hercisc. (3. 36.)

[131]) Tit. Dig. 10. 2. Cod. 3. 36. Familiae heciscundae.

die hereditas, indem man die Erbschaftssachen theilt und jedem Miterben ein Recht an einem Theil jeder Erbschaftssache zuweist.

Es folgt, daß, wenn der Gegenstand des gemeinschaftlichen Rechts wiederum, wie das Recht selbst, immaterieller Natur ist, eine Theilung des Rechts nicht Statt finden kann Dahin gehören alle Rechte, deren Gegenstand in den Productiv-Diensten einer Sache oder einer Arbeitskraft bestehen, — mögen es jura in re oder Forderungsrechte sein, deren Gegenstand das uti frui an Sachen oder Abeitskräften ist[132]). Wenn die Römer die Emphyteuse für theilbar erklären[133]), so ist dies eine unjuristische, bloß practische Anschauung, welche darauf beruht, daß der Inhalt des emphyteutischen Rechts den Inhalt des Eigenthums fast ganz absorbirt; sie fassen hier nicht die Productiv-Dienste des fundus (das uti frui) sondern den fundus selbst als Gegenstand des Rechts auf, behandeln den fundus selbst als res communis. Um bei gemeinschaftlichen Nutzungsrechten eine Collision zwischen den Communions-Interessenten zu heben, kann man den fundus, — wie die Römer sich ausdrücken, — regionibus theilen, d. h. jedem Interessenten einen bestimmten Theil des Nutzungsobjects zur Nutzung zuweisen. Dann ist aber das Recht nicht getheilt, sondern die Communion bleibt bei Bestand. So beim ususfructus an einem fundus, wenn dieser unter den Interessenten regionibus getheilt wird[134]).

Die Auflösung der Communion durch Theilung des ge-

---

132) Collisionen bei der Ausübung der Nutzungen können durch eine divisio loco et tempore beseitigt werden.

133) cit. l. 7. pr. Communi dividundo judicium locum etiam habet in vectigali agro.

134) cit. l. 7. §. 10.

meinschaftlichen Objects ist an manche Beschränkungen gebunden. Eine solche Theilung kann:

a) eine Vernichtung des ganzen gemeinschaftlichen Werths mit sich führen so z. B. die Theilung eines gemeinschaftlichen Sclaven oder Thiers;

b) sie kann eine theilweise oft beträchtliche Verringerung des gemeinschaftlichen Werths erzeugen.

Der Werth des ungetheilten gemeinschaftlichen Objects ist nicht selten viel größer wie die Summe der Werthe der Theile. Z. B. ein Edelstein ist mehr werth, als die Stücke, in welche er getheilt wird. Ein Grundstück ist oft viel mehr werth, als die Theile, in welche es gelegt wird, zusammengenommen.

c) Es ist unmöglich, eine Sache so zu theilen, daß alle Theile ihrem Werthe nach gleich sind, wenn gleich alle Theile zusammen den Werth des Ganzen haben. So bei einem Grundstück wegen der großen Bodenverschiedenheit an vielen Stellen.

d) Die Theilung des Objects kann, wenn auch nicht absolut unmöglich doch practisch so schwierig sein, daß die Schwierigkeit der Unmöglichkeit gleichkommt. So bei einer Quantität gemeinschaftlicher fungibler Sachen. Es ist factisch unmöglich, sämmtliche Körner, welche zusammen einen Scheffel Getreide bilden, zu zertheilen. In solchen Fällen ist die Auflösung der Communio durch Theilung des gemeinschaftlichen Objects (Sache oder Recht) ausgeschlossen. In dem zuletzt genannten Falle faßt man, weil die einzelnen Sachen keinen Individualwerth haben, die Quantität als ein gemeinschaftliches Object auf und kann dieses dann allerdings nach Zahl, Maß oder Gewicht unter die Interessenten theilen. In den andern Fällen ist nur eine Theilung dem Werthe nach

möglich, wenn nicht alle oder einzelne Interessenten beeinträchtigt werden sollen. Es wird also

2) das gemeinschaftliche Object durch Tausch in einen Gegenstand umgewandelt, welcher erstens beliebig getheilt werden kann, und zweitens eine solche Beschaffenheit hat, daß die noch so kleinen Theile zusammen stets den Werth des gemeinschaftlichen Ganzen haben. Ein solcher Gegenstand ist das Geld. Die Theilung geschieht also, indem das gemeinschaftliche Object (Sache oder Recht) durch Verkauf in eine Summe Geldes umgewandelt und diese dann nach Verhältniß der Antheile unter die Interessenten vertheilt wird. Bei gemeinschaftlichen Rechten, deren Gegenstand Geld ist, erfordert die Umwandlung in Geld nicht nothwendig den Verkauf des Rechts, sondern sie kann auch durch Realisirung des Rechts geschehen. Gemeinschaftliche Geldforderungen können eingezogen und die erhobene Summe dann getheilt werden. Gemeinschaftliche Prädialservituten können nach römischer Anschauung nur in und mit dem gemeinschaftlichen fundus dominans verkauft werden. Beim ususfructus, der Mehreren an derselben Sache zusteht, werden entweder die gemeinschaftlichen Früchte verkauft oder es findet eine Verpachtung der Productivdienste statt und die jedesmalige Pacht wird getheilt [135]). Dem Verkauf einer gemeinschaftlichen Erbschaft steht Nichts entgegen; die venditio hereditatis ist von den Römern durch bestimmte Rechtssätze geregelt [136]).

Ein Communions-Interessent kann es nöthig finden, die Communion aufzulösen, d. h. seinen ideellen Antheil als einen

---

[135]) cit. l. 7 §. 10: — vel locet usumfructum uni ex illi vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant.

[136]) Dig. 18. 4. C. 4. 39, Puchta Pand. §. 521.

realen, selbstständigen Werth zur Verfügung zu haben, entweder weil er den Werth anderweitig anlegen will oder weil er fürchtet, daß das gemeinschaftliche Object im Werthe sinken und er also bei längerem Bestande der Communion eine Einbuße erleiden werde. Wenn die Auflösung durch Vertrag nicht zu erreichen ist: so fordert das practische Bedürfniß gesetzlichen Zwang der Interessenten zur Theilung. Denn ohne diesen Zwang würden Communionen überall nicht eingegangen werden und andererseits ist die Staatsgesellschaft im hohen Grade dabei interessirt, daß solche Communionen entstehen. Bei der communio incidens erfordert die Rücksicht auf die Erhaltung der Ruhe und des Friedens im Staat die Zwangsauflösung der Communion. Außerdem würde ohne diesen Zwang jedem Communions-Interessenten willkührlich freistehen, durch Verweigerung der Theilung dem andern einen Vermögensschaden zuzufügen und der Schutz des Vermögens durch das Recht ist neben dem Schutz der Person die erste Bedingung der öffentlichen Wohlfahrt. Die Römer gaben daher jedem Communions-Interessenten das Recht, die Hilfe des Staats zwecks Auflösung einer bestehenden Communion in Anspruch zu nehmen. Die zu diesem Ende anzustellende Klage heißt: actio communi dividundo, bei einer gemeinschaftlichen Erbschaft: actio familiae herciscundae. Der Grund warum die erstere, nicht aber die letztere wiederholt angestellt werden kann, ist oben angegeben worden.

Die Geschichte der Communion ist theilweise eine Geschichte ihrer Zwangsauflösung. Eine Theilungsklage gab es ursprünglich bei den Römern nur für eine gemeinschaftliche Erbschaft. Die actio familiae herciscundae wird bereits in den Zwölftafeln erwähnt, bestand aber wohl schon lange vorher auf Grund eines Gewohnheitsrechts. Eine all-

gemeine Theilungsklage, — die actio communi dividundo ist viel später und wahrscheinlich erst durch das prätorische Edict eingeführt. Der Grund ist ohne Zweifel, daß der Fall der Communion sich lange Zeit hindurch lediglich auf den einer gemeinschaftlichen Erbschaft beschränkte. Erst als die Industrie in Rom sich entwickelte, als man anfing, Productiv-Gesellschaften einzugehen, und somit vertragsmäßig gemeinschaftliche Objecte entstanden, stellte sich das Bedürfniß einer allgemeinen, über den Fall der gemeinschaftlichen Erbschaft hinausgehenden, Theilungsklage heraus. Diese actio communi dividundo wurde anfangs nur für res corporales, d. h. Eigenthumsobjecte eingeführt, — ohne Zweifel, weil es außer der gemeinschaftlichen hereditas anfangs nur res communes gab, dann wurde sie als utilis actio, d. h. analog angewandt auf den Fall der gemeinschaftlichen bonae fidei possessio und weiter auf gemeinschaftliche Rechte, deren Gegenstand eine Sache war. Endlich sah man ein, daß beide Theilungs-Klagen, die actio communi dividundo und familiae herciscundae sich durch einen gemeinschaftlichen Gedanken zusammenfassen lassen, und wandte die besonderen Grundsätze der letzteren analog auf andere Communionen an. Es ist bemerkenswerth, daß auch hier die Römer vom Einzelfall zu einem allgemeinen Princip übergegangen sind. Ferner, daß die actio comm. div. die act. fam. herisc. nicht absorbirte, sondern die letztere neben ersterer bei Bestand blieb. Es zeigt sich hier wiederum der eigenthümlich römische Conservatismus im Festhalten des Bestehenden, auf den wir schon öfter hinzuweisen Gelegenheit gehabt haben.

Durch diesen gesetzlichen Zwang zur Auflösung der Communion werden die ideellen Antheile der socii an dem gemeinschaftlichen Object selbst Werth-Objecte, wiewohl ihre

Güter-Qualität nicht lediglich und allein auf dem Recht des socius beruhte, die Auflösung der Communion zu verlangen. Es mußten vielmehr mehrere Umstände concurriren, damit dieser Effect möglich wurde. Die Römer faßten 1) schon vor der Auflösung der Communion die ideellen Antheile als Vermögensbestandtheile des socii auf, und gaben ihnen rücksichtlich derselben gegen Verletzungen ganz denselben Schutz, wie für andere Vermögensbestandtheile. Die ideellen Antheile an einer res communis faßten sie nach Analogie körperlicher Eigenthumsobjecte auf, und die socii konnten gegeneinander, wie gegen Dritte, wirksam die Eigenthumsklagen gebrauchen[137]). Es entstand dadurch der Begriff des Miteigenthums an eine res corporalis, den die römischen Juristen durch: „totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere" ausdrücken, und der Begriff des Mitbesitzes, den sie als „possessio certae partis pro indiviso" bezeichnen. Eine Folge dieser analogischen Auffassung war: 2) die Uebertragbarkeit, d. h. Tauschfähigkeit dieser ideellen Antheile als solcher[138]). Daß man aber 3) für diese ideellen Dinge im Verkehr einen andern Werth gab, beruhte auf ihrer Realisirbarkeit, d. h. auf den Theilungsklagen. Bei Actiengesellschaften, bei denen die Theilungsklage rücksichtlich des stehenden Capitals ausgeschlossen ist, hat also das Mit-

---

[137]) L. 28. D. Commun. div. (10. 3.). L. 6. D. d. R. V. (6. 1.): Si in rem aliquis agat, debet designare rem, utrum totam an partem et quotam petat.

[138]) L. 6. L. 68 pr. D. pro socio (17. 2.) Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint. L. 3. C. d. comm. rer. alienat. (4. 2.). Falso tibi persuasum est, communis praedi portionem pro indiviso, antequam communi dividundo judicium dictetur; tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

eigenthum an der res communis z. B. an einer Eisenbahn keinen Tauschwerth. Der Preis, den man für eine Actie erhält, ist also nicht der Preis für das zuständige Miteigenthum, sondern für den Gewinn, den der Käufer sich von der Theilnahme an dem productiven Unternehmen der Actionaire verspricht.

Es sind also die ideellen Antheile an einem gemeinschaftlichen Object eine Waare, und sämmtliche Antheile an einem Object können eine generisch bestimmte Waare bilden, z. B. die 128 Parte eines bestimmten Schiffes. Es giebt Gegenstände, welche regelmäßig nur als res communes vorkommen, weil sie durch die Bestimmung, welche sie haben, sehr leicht beschädigt werden oder untergehen können, z. B. Schiffe. Dadurch können die ideellen Antheile an solchen Gegenständen eine generisch bestimmte Waare bilden z. B. Schiffsparte überhaupt. So giebt es einen Marktwerth ideeller Antheile an gewissen generisch bestimmten Objecten z. B. einen Marktwerth von Schiffsparten.

Weil die ideellen Antheile an einem gemeinschaftlichen Object eine Waare sind: so ergiebt sich, daß ein socius seinen Antheil aus der Communio herausziehen, den ideellen Werth realisiren kann, ohne daß es einer Auflösung der Communio bedarf; er verkauft den ideellen Antheil als solchen und überträgt ihn. Die Communion bleibt bei Bestand, — ein socius hat für sich einen andern substituirt. Regelmäßig wird aber der austretende socius hiebei eine Einbuße erleiden; denn für einen ideellen Werth giebt Niemand so viel, wie für einen realen. Der Werthunterschied wird um so geringer sein, je leichter und billiger die Auflösung der Communion zu beschaffen ist. Ein sehr einfaches und kurzes Verfahren findet seerechtlich bei gemeinschaftlichen Schiffen statt, indem jeder Mitrheder

das Recht hat, das Schiff zu „setzen“. Das heißt: er kann erklären, daß er für das Schiff so und so viel geben wolle; dann sind die andern socii rechtlich verbunden, entweder ihm das Schiff zu diesem Preise zu lassen oder einen höhern Bot zu thun und ihm dann in kurzer Frist seinen Antheil auszuzahlen.

Es ergiebt sich ferner, daß eine Communion aufgelöst werden kann, ohne daß es einer Theilung bedarf. Der eine socius kann seinen ideellen Antheil an den andern socius verkaufen. In diesem Fall wird der Preis, den er empfängt, gleich sein mit dem Werthe, den er bei einer wirklichen Theilung empfangen haben würde, weil der ideelle Antheil, welcher von dem einen socius auf den andern übertragen wird, sich von selbst sofort in einen realen verwandelt. Es ergiebt sich ferner, daß, wenn die Communion mehrere verschiedene Objecte umfaßt, die Auflösung so geschehen kann, daß die einzelnen Objecte unter die socii vertheilt werden, wobei dann der eine socius mehr Objecte, wie der andere erhalten kann, wenn die Objecte Werthe von verschiedener Größe repräsentiren. Auch eine communio omnium bonorum kann auf diese Weise aufgelöst werden.

Von selbst versteht sich, daß auch der Theilungsrichter nach Ermessen jeden möglichen Modus zur Auflösung der Communion einschlagen kann.

Wir haben schließlich noch die oben angedeuteten Fälle kurz zu erörtern, in welchen das Recht die ökonomisch bestehende Communion von Werthen ignorirt.

1) Ein Rechtssatz zieht die Grenze, dergestalt, daß die Communion im Augenblick ihrer Entstehung sofort aufgehoben wird. Dies ist der Fall, wenn ein Baum, ein Stein, ein Mauerwerk auf der Grenze zweier Grundstücke steht. Solche

Gegenstände sind nicht res communes der Nachbarn, sondern nach einem bestehenden Rechtssatze theilt die Grenze der Grundstücke realiter diese Objecte[139]). Diese rechtliche Gestaltung beruht ohne Zweifel auf der Anschauung, daß Pflanzen und Steine keine selbstständige Existenz haben, sondern als bloße Unebenheiten und Auswüchse des Bodens angesehen und ein Mauerwerk wie ein künstlicher Felsen aufgefaßt wird. Nur wenn diese Gegenstände vom Boden getrennt werden, entsteht auch juristisch eine Communion[140]). Ferner wird die insula in flumine nata und das von einem öffentlichen Flusse verlassene Bett den anliegenden Grundeigenthümern zugesprochen; allein sie wird nicht res communis, sondern sie ist mit ihrer Entstehung sofort realiter durch einen Rechtssatz getheilt[141]). Dies beruht auf der Vorstellung, daß das Flußbett zu den anstoßenden Grundstücken gehört, und daß das Eigenthum nur so lange suspendirt ist, als ein öffentlicher Fluß das Bett occupirt hat[142]).

Eine solche Cummunio de facto und de jure wird unterschieden durch die Ausdrücke: res communis pro diviso und

---

[139]) L. 19. D. Comm. divid. (10. 3.): Arbor, quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, quamdin cohaeret fundo, e regione cujusque finium utriusque sunt nec in communi dividudo judicium veniunt.

[140]) cit. l. 19. pr. — sed quum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet et veniet in communi dividundo judicium; nam quod erat finitis partibus, rursus confunditur.

[141]) l. 7. §. 3. D. d. A. R. D. (41. 1.): — Jnsula — — in flumine nata — — — si quidem mediam partem fluminis tenet communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit; quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

[142]) Vgl. Puchta Pand. §. 165.

pro indiviso[143]). Forderungen endlich, deren Gegenstand theilbar ist, sind unter den Communions-Interessenten ipso jure getheilt[144]).

2) Es findet für einen oder mehrere Interessenten eine wirkliche Expropriation statt, aber eine Entschädigungsforderung tritt an die Stelle des verlorenen Werths. Hieher gehören alle die Fälle, welche unter der bekannten Rubrik: Eigenthums-erwerb durch Accession[145]) aufgeführt werden. Die Entschädigungsforderung fällt weg:

a) wenn Jemand animo donandi einen Werth mit einem fremden Gegenstand verbunden hat[146]);

b) wenn die Verbindung unter dem Begriff der Reparatur oder der Melioration fällt.

Allerdings liegt in diesem Falle eine grundlose Bereicherung dessen vor, dessen Sache reparirt oder meliorirt ist. Allein, fände hier ein rechtlicher Zwang zur Erstattung der impensae necessariae oder utiles statt, so hieße das mit andern Worten, Jedermann könne uns willkührlich nöthigen, ein Capital, das wir zu anderweitigen Zwecken bestimmt hätten, zur Reparatur oder Melioration unserer Sachen zu verwenden. Diese Willkühr Dritter in Ansehung unseres Vermögens widerstreitet den ersten Principien der National-Oekonomie und kann daher vom Rechte nicht geschützt werden. Die rechtliche Gestaltung der Sache wird eine andere, wenn derjenige, welcher die Reparatur vorgenommen oder meliorirt hat, im Besitz der meliorirten Sache ist und dem Vindicanten der Sache gegenüber steht.

---

143) cit. l. 19. pr. D. Comm. divid. (10. 3.)

144) cit. l. 6. l. Fam. herc. (3. 36.)

145) Puchta Pand. §. 164.

146) Puchta Pand. §. 165, Note m.

Hier hat er ja den Werth in Händen, den er vom Eigenthümer der Sache verlangt, wenn gleich dieser Werth in der Sache steckt und keine selbstständige Existenz hat. Das Recht kann nicht hindern, daß er das Seinige retinirt und wenn man andererseits behaupten wollte, das Recht müßte doch dem Eigenthümer zum Besitz seiner Sache verhelfen, so tritt eben der Grundsatz ein: in pari causa melior est conditio possidentis. Der Eigenthümer wird, wenn er in Besitz der reparirten oder meliorirten Sache gelangen will, indirect gezwungen, dem Besitzer den Werth der Impensen herauszugeben. So entscheidet denn auch das römische Recht; jedoch macht es eine Ausnahme beim malae fidei possessor. Nur in so fern nimmt es ihn in Schutz, als es ihm gestattet, die Melioration, wenn sie sich körperlich darstellt, und ohne Beschädigung der Sache von ihr abtrennbar ist, wegzunehmen. Denn das Recht kann dem Vindicanten nie Mehr zusprechen, als ihm gebührt. — Die mala fides des Besitzers ist kein Grund, den Eigenthümer zu bereichern. Es ist merkwürdig, daß die römischen Juristen einen Unterschied machen zwischen Reparatur und Melioration und dem entsprechend unterscheiden: impensae necessariae und utiles. In beiden Fällen ist zu der Sache ein Werth hinzugesetzt und es kann vernünftiger Weise keinen Unterschied in der rechtlichen Behandlung machen, ob Jemand aus seinem Vermögen zu einer fremden beschädigten oder unbeschädigten Sache einen Zusatz gemacht hat. Dessenungeachtet wird auch dem malae fidei possessor rücksichtlich der impensae necessariae ein Retentionsrecht gegeben, während ihm rücksichtlich der impensae utiles nur das jus tollendi eingeräumt wird [147].

[147]) Siehe Puchta Pand. §. 171.

III.

Industrie und Verkehr. — Das Recht der Industrie und das Verkehrsrecht.

Wo in einem Staate „Arbeitstheilung" besteht, kann die Freiheit der Staats-Angehörigen, einen bestimmten Industriezweig zu wählen, beschränkt sein. Dann unterscheidet man: Gewerbe-Freiheit und Gewerbe-Zwang. Der letztere kann in doppelter Art statt finden. Man kann direct genöthigt werden, ein bestimmtes Gewerbe zu treiben. So werden diejenigen, welche sich in wirklicher oder factischer Leibeigenschaft befinden, gezwungen, Ackerbau zu treiben und beim Unternehmer als Tagelöhner zu arbeiten. Der Gewerbezwang kann aber auch ein indirecter sein, insofern man von dem Betrieb bestimmter Gewerbe ausgeschlossen ist. So kann da, wo die Leibeigenschaft aufgehoben ist, wegen mangelnder Freizügigkeit der Bewohner des platten Landes von Fabrication und Handel ausgeschlossen sein; es kann ferner ein bestimmter Industriezweig in einem Staate oder in einer Stadt einem einzigen Individuum oder einer geschlossenen Zahl von Individuen zugewiesen sein. Ein solches, die Uebrigen ausschließendes, Privilegium heißt Monopol. Es ergiebt sich von selbst, daß es so viele Monopole geben kann, als es Industriezweige giebt. Ein Monopol heißt Regal, wenn es einer Staatsregierung zusteht. Wo an einem Orte diejenigen, welche ein bestimmtes Gewerbe treiben, eine Corporation, — Zunft bilden, da heißt im Falle der

Monopolisirung die Zunft eine geschlossene. Ist — z. B. aus Rücksicht der öffentlichen Wohlfahrt oder aus finanziellen Rücksichten — zum Betrieb eines Gewerbes die Einwilligung der Staatsregierung oder einer Behörde nothwendig: so heißt diese Beschränkung der Gewerbefreiheit: Concessionszwang. Es kann dem Erfinder eines der Gesellschaft nützlichen Fabricats als Vergütung für seine auf die Erfindung verwendete Arbeit und Capitalien ein Monopol auf bestimmte Zeit eingeräumt werden; dann nennt man das Monopol ein Patent. In dieselbe Kategorie gehört das Privilegium der Schriftsteller und Künstler rücksichtlich ihrer literarischen und artistischen Erzeugnisse, insofern sie eine bestimmte Zeit hindurch gegen Nachdruck geschützt sind. Die Personificirung von Grundstücken, welche in Zeiten niederer Cultur überall hervortritt, hat dahin geführt, für den Betrieb mancher Gewerbe bestimmte Grundstücke zu monopolisiren. Solche Monopole nennt man: Realrechte im Gegensatz zu den ebenfalls auf Personificirung von Grundstücken beruhenden Reallasten. Die Rechtssätze, durch welche dergleichen Monopole eingeführt worden, zerfallen demnach in Personal- und Real-Privilegien.

Das deutsche Mittelalter zeichnet sich aus durch die Tendenz, die Productionszweige unter bestimmte Individuen zu vertheilen. Es hat das Princip des Gewerbezwangs. Wir haben die wirkliche und factische Leibeigenschaft bereits erwähnt. Gewisse ländliche Grundstücke konnten nur von einer gewissen Classe von Personen erworben werden. Dahin gehören adliche und Bauergüter. Gewisse Landgüter blieben auf bestimmte Familien beschränkt. Dahin gehören die Stammgüter und Familien-Fideicommisse. Dadurch wurden Viele vom Betrieb des Ackerbaues ausgeschlossen. Eine weitere Ausschließung lag in der verfassungsmäßigen Untheilbarkeit

großer Landgüter. Die Juden waren meistens vom Erwerb der Grundstücke ausgeschlossen. In den Gewerben herrschte ebenfalls das Princip der Monopolisirung. Der Betrieb der meisten Handwerke war bedingt durch die Mitgliedschaft einer Zunft. Die meisten Zünfte waren geschlossene. Eine Reihe von Fabricaten war überdies in der Art monopolisirt, daß dem Monopolisten (Person oder Grundstücke) ein bestimmter Kreis von Consumenten zugewiesen war, welche das Fabrikat ausschließlich von ihm beziehen mußten. Solche Fabricate waren vorzugsweise: Mehl, Bier, Wein und Brod. Diese Monopole nannte man Bannrechte, und unterschied: Mühlen-Zwang, Bier-Zwang, Kelter- und Backofen-Zwang. Oft war nicht das Fabrikat, sondern nur die zu dessen Herstellung nöthige Arbeit monopolisirt, so daß man dem Monopolisten die Rohstoffe brachte, z. B. dem Müller das Korn, dem Bäcker das Mehl oder den zugerichteten Teig. Die Monopolisten konnten daneben eine Zunft bilden, wenn sie auch, wie z. B. die Windmüller, über ein Territorium zerstreut waren. Eine Anzahl von Gewerben bildeten Monopole einzelner Landesherren. Solche Regalien sind: der Bergbau, die Salzproduction, die Münzfabrication, das Fuhrwesen, — Postregal.

Seit dem Anfange dieses Jahrhunderts hat das Studium der National-Oeconomie allmählig in Deutschland die Ueberzeugung begründet, daß die Beschränkung der Gewerbefreiheit, mit Ausnahme einiger weniger Gewerbe eine große Ungerechtigkeit gegen die Excludirten und namentlich gegen die künftigen Generationen sei. Eine große Menge von Staatsangehörigen wird dadurch zur Unthätigkeit und Armuth verdammt, und zahllose Individuen machen, wenn sie den ersten Blick ins Leben werfen, die niederschlagende Bemerkung, daß für sie kein Platz mehr vorhanden ist an der großen Tafel der Nation. Anderer-

seits wird eine Menge begünstigter Menschen in Faulheit reich. Man ist ferner zu der Ueberzeugung gelangt, daß jene mittelalterlichen Einrichtungen der öffentlichen Wahlfahrt beträchtlich schaden. Viele Arbeitskräfte werden dem Staate entzogen, eine Menge von Talenten gelangt gar nicht zur Entwickelung und Production. Die Monopolisten liefern schlechte Fabricate und lassen sich diese theuer bezahlen. So entstand, wie anderwärts, auch in Deutschland der Kampf der Gewerbefreiheit gegen den Gewerbezwang, d. h. der Kampf der Humanität und der gesunden Vernunft gegen privilegirte Kasten. Derselbe ist in einzelnen Ländern Deutschlands mit mehr oder weniger Glück geführt, in manchen Territorien kaum begonnen. Es stehen sich daher in unserem Vaterlande *blühende* Staaten mit voller *Gewerbefreiheit* und *arme* Staaten mit vollem *Gewerbezwang* gegenüber. Da sich indessen die öffentliche Meinung jetzt überall für die Gewerbefreiheit ausspricht: so eröffnet sich die erfreuliche Aussicht, daß jene alten Institutionen, welche die Industrie geknebelt halten, bald beseitigt sein werden.

Jenem Gewerbezwang, soweit er noch existirt, entspricht ein Complex von Rechtssätzen, welche in einzelnen deutschen Territorien einen großen Bestandtheil des Particular-Rechts bilden.

Dahin gehören:

1. Ueberreste der *Leibeigenschaft*, welche bei Aufhebung derselben festgehalten sind; namentlich die Rechtsnormen, welche eine *factische* Leibeigenschaft conserviren.
2. Verordnungen, welche das *Heimathsrecht* behandeln, d. h. die Freizügigkeit beschränken
3. Singuläre Bestimmungen über den *Erwerb gewisser landwirthschaftlicher Grundstücke*.
4. *Fideicommißordnungen*.

5. Ein umfängliches Zunftrecht: Gesetze, Statuten, Observanzen und Gewohnheiten.
6. Rechtssätze über die bestehenden Regalien.
7. Rechtssätze über concessionirte Gewerbe.

Dieser ganze Complex von Rechtsnormen ist im Rechtssystem der natürlichen Gewerbefreiheit als Recht des Gewerbezwangs entgegenzusetzen.

Der Verkehr umfaßt alle Geschäfte, welche die Herstellung der Productivkräfte in der nöthigen Stärke, die Vereinigung derselben, ihre Trennung, endlich den Umsatz der Producte, unmittelbar oder mittelbar, bezwecken. Dieser, von allen Gliedern der menschlichen Gesellschaft ewig verfolgte und ewig wiederkehrende Zweck erzeugt und erhält eine fortwährende Bewegung, ein ununterbrochenes Leben und Treiben unter den Menschen, das der gemeine Mann ebenfalls mit dem Ausdruck „Verkehr" bezeichnet, ohne sich bewußt zu sein, daß diese geräuschvolle Bewegung, so bunt auch alles durcheinander wimmelt, der einfache geregelte und monotone Gang einer großen Maschine ist.

I. Die Herstellung des Arbeitsfactors und des Capitalfactors in der nöthigen Stärke, geschieht durch Association. Diese ist entweder

1. ein Capitalverein. Wollen sich die socii nur mit einer Quote des erforderlichen Gesammtcapitals betheiligen, dergestalt, daß sie im schlimmsten Falle Nichts weiter verlieren können, als die gezeichnete Actie; so heißt die societas eine Actiengesellschaft. Den Gegensatz hat man Collectiv-Gesellschaft genannt.
2. ein Arbeiter-Verein. Alle productiven Arbeiter zerfallen: in Gelehrte, Unternehmer und Handarbeiter. Es giebt daher:

a) Gelehrten-Vereine. Sie sind so mannigfaltig, als es Zweige der Wissenschaften giebt. Von besonderer Wichtigkeit für die Erzielung materieller Producte sind die naturforschenden Gesellschaften.

b) Unternehmer-Vereine. Sie sind so mannigfaltig, als es verschiedene Arten productiver Arbeit oder Industrie-Zweige giebt

II. Die Vereinigung der Productivkräfte. Sie geschieht:

1. ebenfalls durch Association. Diese haben wir Productiv-Gesellschaft genannt. Auch ist bemerkt worden, daß sie selten rein, als Verbindung der bloßen Arbeit mit dem bloßen Capital vorkommen. Will der socius, welcher den Capitalfactor bildet, in dieser seiner Eigenschaft dem Publicum unbekannt bleiben: so nennt man in einem solchen Fall die Productivgesellschaft eine Commanditen-Gesellschaft. Dieser stille Gesellschafter tritt also nie mit dem Publicum in directe Beziehung, und haftet nur indirect aus den Creditgeschäften, welche der andere socius (Complementar genannt) abschließt, nach Maaßgabe der Bedingungen des Societätscontracts.

2. durch Credit, und zwar:

a) durch Credit-Vertrag. Diesen schließt entweder

α) der Arbeits-Factor, um die nöthigen Productiv-Dienste eines Capitals herbeizuschaffen. Diese verschiedenen Creditverträge lassen sich unter dem allgemeinen Ausdruck „Capital-Miethe" zusammenfassen, und sind:

$\alpha\alpha$) das zinsbare Darlehen,

$\beta\beta$) die Sachen-Miethe.

Beide Geschäfte können in der Form des Kauf-

contracts auftreten und heißen dann: Creditkauf und Pränumerations-Kauf,

oder:

β) der Capital-Factor, um die nöthigen Productivdienste der Arbeit heranzuziehen. Diese verschiedenen Creditverträge lassen sich unter dem allgemeinen nen Ausdruck „Dienstmiethe" zusammenfassen, und sind:

αα) die locatio conductio operarum,

ββ) locatio conduct. operis.

Wenn der Arbeitslohn ganz oder theilweise in anderen Werthobjecten, als Geld bezahlt wird: so entstehen Modificationen. Dahin gehören:

1) der Gesindevertrag, 2) der Gesellenvertrag, 3) der Hoftagelöhnervertrag, 4) der Vertrag des Gutsherrn mit den Frohnbauern und 5) ehedem der Lehens-Contract.

Ausnahmsweise erhält man die Productivdienste von Arbeit oder Capital umsonst. Diese Ausnahmen sind:

1) der Capital-Miethe gegenüber: das zinsenlose Darlehen, das Commodat und Precarium; 2) der Dienstmiethe gegenüber: das Mandat. Besteht die Dienstleistung in der Aufbewahrung (custodia) einer Sache, so unterscheiden die Römer noch näher: das mandatum custodiae und das depositum. Eine eigenthümliche Erscheinung ist, daß die Pflicht zu Dienstleistungen erlassen wird, aber der Lohn fortläuft. So bei den heutigen Lehensverhältnissen; die Pflicht des Vasallen zu Kriegsdiensten ist weggefallen, aber der Vasall behält die erbliche Nutzung des Lehens.

b) durch einseitig gegebenen Credit. Der creditirte Werth ist hier entweder eine Dienstleistung oder ein Capital-Aufwand. Durch einseitiggegebenen Credit, wird also

α) dem Capitalfactor Arbeit,

β) dem Arbeitsfactor Capital

zugeführt.

III. Die Trennung der Productivkräfte.

1) Die Auflösung der Associationen, der Miethcontracte und derjenigen Verträge, durch welche schenkungsweise die Nutzung von Capital oder Arbeit eingeräumt wird. Abgesehen von den Fällen, in denen die Auflösung ipso jure eintritt, geschieht sie theils durch einseitige Kündigung, theils durch einen besonderen Auflösungs-Vertrag — dissensu. — Eine Folge der Auflösung ist

2) die Restitution creditirter Capitalgegenstände. Sie geschieht in specie oder in genere, oder dem Werthe nach, d. h. in Geld, und heißt im ersten Fall bei Grundstücken Räumung. Wenn durch die Vereinigung der Productivkräfte gemeinschaftliche Werthe entstehen, so liegt bei der Auflösung der Communion eine gegenseitige Restitution vor.

IV. Der Umsatz der Producte. Derselbe geschieht heut zu Tage regelmäßig durch Verkauf und Kauf. Die Producte sind materielle oder immaterielle. Zu den letzteren gehören die Producte der Gelehrten und Künstler. Sie sind Theoretiker oder Practiker. Was sie für ihre Producte bekommen, nennt man Honorar, wiewohl es ein wirklicher Preis ist. Die Theoretiker überliefern ihre Productionen entweder in mündlicher Rede oder in Schrift und Druck. Im letzteren Falle kann der Producent selbst den Druck und Verkauf der Exemplare besorgen — oder er verkauft das Manuscipt. Uebernimmt im letzteren Falle der Käufer bestimmte Verpflichtungen,

wohin namentlich gehört, das Werk drucken zu lassen und zu veröffentlichen, so heißt der Vertrag: Verlagsvertrag, der Käufer: Verleger.

Der Complex von Rechtsnormen, welche die Verkehrsgeschäfte reguliren, bildet das Verkehrsrecht neben dem Recht der Industrie, d. h. den rechtlichen Einschränkungen der natürlichen Freiheit der Arbeit.

IV.

Consumtion der Güter.

Die Begriffe: — Untergang, Consumtion, Deterioration der Güter sind oben festgestellt worden [148]).

Die Zerstörung eines Werths kann die unmittelbare Wirkung oder bloße Folge eines Ereignisses sein; sie kann geschehen durch das Ereigniß an sich oder durch Mitwirkung sonstiger Umstände. Die letztere ist entweder der Einfluß von Naturgesetzen [149]) oder positiven Rechtsnormen, d. h. juristischer Consequenz [150]).

Man kann untergegangene Werthe als eine Differenz auffassen zwischen dem Vermögen wie es war und wie es ist und sie passend mit dem Ausdruck „Interesse" bezeichnen. Insofern dieses Interesse größer sein kann, als der Marktwerth des zerstörten Objects, unterscheiden die Römer das verum rei pretium und das id quod interest [151]).

Es ist früher erörtert worden, wie die römischen Juristen neben dem Tauschwerth den Gebrauchswerth entdeckten [152]); dem entsprechend haben sie auch neben der Zerstörung des

---

148) Heft I. S. 17 u. 18. Die Verpflichtung zur Leistung eines Werths ist schon Verlust desselben. Heft II. S. 19. vgl. L. 28. D. de neg. gest. (3. 5): — id ei abesse videtur, in quo obligatus est.

149) Dahin sind auch die volkswirthschaftlichen Gesetze zu rechnen.

150) z. B. die Verwirkung einer Conventionalpoen.

151) L. 50. pr. D. de furt. (47. 2).

152) Heft II. S. 9.

Tauschwerths die Zerstörung des Gebrauchswerths. Sie verstehen darunter den verlorenen Werth der Productiv-Dienste irgend eines Capitals oder einer Arbeitskraft, welche eine bestimmte Zeit hindurch lahm gelegen. Sie unterscheiden demnach von dem eigentlichen damnum, d. h. Zerstörung des Tauschwerths die verlorene utilitas, d. h. Zerstörung des Gebrauchswerths [153]); rücksichtlich des letzteren trennen sie wieder 1) das omne omnino, quod quis lucrari potuerit; 2) die utilitas circa rem ipsam, d. h. den Werth der verlornen Productiv-Dienste für die fragliche Zeit berechnet [154]). Um den Unterschied dieser beiden Begriffe scharf aufzufassen, muß man beachten, daß jeder producirte Werth durch Vereinigung von Arbeit und Capital entsteht und daß von dem Werthe eines Products berechnet werden kann, welcher Theil auf die Productivität der Arbeit und welcher Theil auf die Productivität des Capitals fällt. Der letztere ist das, was mit dem Ausdruck utilitas circa rem bezeichnet wird [155]). Derselbe Unterschied wird bezeichnet durch die Ausdrücke propter negotiationem und ex re [156]). So erweiterte sich der ursprünglich auf das damnum beschränkte Begriff des Interesses auf den ver-

---

[153]) — — multum interesse, sagt Ulpian — utrum damnum quis faciat, an lucro, quo adhuc faciebat, uti prohibeatur. l. 26. D. de damno inf. (39. 2).

[154]) l. 21. §. 3. D. d. A. E. E. V. (19. 1.) l. 19. D. de periculo (18. 6.) Diese sehr scharfsinnige, ökonomisch durchaus begründete und nothwendige Distinction nennt v. Vangerow einen „hingeworfenen Ausdruck" des Paulus! Vgl. v. Vangerow's Leitfaden, Bd. III. S. 48.

[155]) Die römischen Juristen sind sich über diesen Begriff nicht vollkommen klar gewesen; sie haben die Bedeutung der utilitas circa rem mehr gefühlt als eingesehen. Sie geben daher nur Beispiele, keine Begriffsbestimmung. Die heutigen Civilisten stehen aus demselben Grunde auf demselben Standpuncte.

[156]) L. 21. D. de her. vel. act. vend. (18. 4.)

lorenen Gewinn [157]). Daß nicht bloß beim damnum, sondern auch bei der Vorenthaltung von Productivdiensten ein mittelbarer Schade vorkommen kann, bedarf keiner Bemerkung.

Für die Berechnung des Interesses in concreto sind zwei Fälle zu unterscheiden: — erstens der Fall einer Werthzerstörung, zweitens der Fall der verhinderten Benutzung der Productivdienste von Arbeit oder Capital, d. h. die Verhinderung einer Wertherzeugung. Was

den ersten Fall

betrifft: so ist hier zunächst Folgendes zu beachten. Der Werth einer Sache umfaßt den Werth aller ihrer Productivdienste; denn in dem Gesammtwerth der letzteren besteht der Werth der Sache: — nur wegen ihrer Productiv-Dienste hat eine Sache überhaupt Werth. Aber der Werth einer Sache umfaßt nur den Werth ihrer Productivdienste **an sich**, ohne Rücksicht auf die Industrie, welche dieselben zur Production benutzt. — Man könnte dies so ausdrücken: — der Werth einer Sache umfaßt omnis utilitas circa rem [158]). Wenn also eine Sache zerstört ist: so kann man bei der Berechnung des Schadens nur den Werth der Sache, nicht daneben auch die utilitas circa rem in Anschlag bringen. Nur für die Zeit vom Augenblick der Zerstörung bis zum Augenblick des wirklichen Ersatzes kann noch die utilitas circa rem in Anschlag

[156]) Daß dies eine Erweiterung des ursprünglichen Begriffs war, ja, daß zu Justinian's Zeit Mancher noch zweifeln mochte, ob auch das lucrum cessans zum Interesse gehöre, ergiebt sich aus l. un. C. de sent. quae pro eo quod interest proferuntur (7. 47.), wo es heißt: Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id, quod interest, statuerunt.

[157]) Von einem besondern Gebrauchswerth einer Sache kann nur die Rede sein für einen bestimmt begrenzten Zeitraum; abgesehen von diesem Fall fällt Tauschwerth und Gebrauchswerth zusammen.

kommen. Hieher gehört namentlich der inzwischen gestiegene Marktwerth der Sache. Rücksichtlich der Berechnung des Werths der zerstörten Sache ist für den Kaufcontract zu beachten, daß der Werth der res vendita vereinbarungsmäßig durch den Kaufpreis bestimmt ist [159]). Im Falle der Zerstörung der res vendita vor der Tradition kann der Werth der Sache nur zur Höhe des Kaufpreises veranschlagt werden [160]). Es ist ferner zu bemerken, daß wenn das Kaufobject nicht rechtzeitig geleistet wird, so daß der Käufer gar keinen Gebrauch mehr davon machen kann und vom Handel zurücktritt, dies für ihn einer Zerstörung der res vendita gleich zu achten ist. Aus dem eben Gesagten folgt, daß in diesem Fall der zerstörte Werth nicht höher zu veranschlagen ist, als das Kaufpretium sich beläuft [161]). Anlangend

Zweitens

den Fall, wo Jemandem die Productiv-Dienste an Kapital oder Arbeit eine bestimmte Zeit hindurch vorenthalten sind; so kommt es für die Berechnung des Interesses nicht auf die Frage an, ob der, welcher uns an der Benutzung eines Capitals oder einer Arbeitskraft verhindert hat, mittelst derselben während dieser Zeit selbst producirt hat oder nicht, und ob wir solche erzielten Producte rechtlich in Anspruch nehmen können, oder nicht. Dies ist eine Frage für sich [162]). Auch kommt es, wenn die Productivdienste des fraglichen Capitals oder der fraglichen

---

[159]) Heft IV. S. 29.

[160]) Vgl. unten Seite 115.

[161]) Hierauf beruht die Entscheidung in cit. l. 21. §. 3. D. d. A. E. V. — — pretium tritici — — — consequitur.

[162]) Die Lehre vom objectiven negotium alienum (Dankwardt, die Neg. gest. S. 35.) und vom Ersatz des lucrum cessans stehen eng mit einander in Verbindung.

Arbeit inzwischen lahm gelegen haben, nicht darauf an, was derjenige, der sie uns vorenthalten hat, damit hätte produciren können, sondern was wir inzwischen damit hätten produciren können [163]).

Dabei könnten wir

1) an eine Berechnung des omne omnino, quod lucrari potuissemus denken; allein dabei würden wir in das Gebiet bloßer Möglichkeiten hinübertreten: — dieses omne lucrum läßt sich mit Sicherheit überall nicht berechnen [164]), sondern nur

2) die utilitas circa rem ipsam.

Den Maßstab für die Berechnung giebt die für einen bestimmten Ort zu berechnende: Grundrente bei vorenthaltenen Grundstücken; Capitalrente bei vorenthaltenen Capitalien; Industrierente bei vorenthaltener Arbeit. Da der Werth eines Gegenstandes gleich ist dem Gesammt-Werth seiner Productivdienste: so folgt, daß bei vorenthaltenen Productivdiensten nie mehr ersetzt werden kann, als das alterum tantum [165]). Für die Berechnung des mittelbaren Schadens, welcher sowohl bei der Zerstörung des Tauschwerthes als des Gebrauchswerthes eintreten kann, kommt Alles auf den wirklichen (natürlichen oder juristischen) Causalzusammenhang mit dem zerstören-

---

[163]) Vgl. L. 61. §. 1. D. d. R. V. (6. 1.) Vgl. unten S. 111.

[164]) Die Beantwortung der Frage: was Jemand, im Besitz eines bestimmten Productiv-Fonds, mittelst desselben eine bestimmte Zeit hindurch wirklich producirt haben würde, hängt im concreten Falle von Umständen ab, die sich nicht ermitteln lassen.

[165]) Vgl. L. un. C. cit. in f. — Ganz entsprechend hat Justinian festgesetzt, daß der Schuldner von der Zinsverbindlichkeit befreiet sein soll, sobald die von ihm bezahlten Zinsen dem Capital gleichkommen. L. 29. 30. C. d. usuris. (4. 32.) Aber die Gültigkeit dieser Bestimmungen wird bestritten, weil sie nicht glossirt sind.

den Ereigniß oder mit der Vorenthaltung des Capitals oder der Arbeit an.

Es liegt im Interesse des Staats, d. h. es ist Sache der öffentlichen Wohlfahrt, daß die unproductive Zerstörung von Gütern, namentlich von Productiv-Fonds, verhütet werde; ebenso das Lahmliegen von Productiv-Fonds; ferner daß zerstörte Productiv-Fonds möglichst wieder hergestellt werden. Der eigene Vortheil der Privaten wird hier schon zu der nöthigen Wachsamkeit und Thätigkeit anspornen, so daß sich die Hilfe des Staats vielfach nur darauf beschränken wird, derartige Bestrebungen zu fördern. Die desfalsigen Institutionen und Rechtssätze schließen sich am Zweckmäßigsten an, indem wir die verschiedenen beschädigenden Ereignisse classificiren. Von der Nothwendigkeit des Schutzes der Privaten gegen culpose Beschädigungen ist oben die Rede gewesen; hier ist das Nöthige über Größe und Berechnung des zu ersetzenden Schadens zu sagen.

Das Ereigniß, welches eine Werthzerstörung hervorbringt, oder die Ursache ist, weshalb ein Productiv-Fonds lahm liegt, kann

I. Die unvermeidliche Wirkung eines Naturgesetzes sein; — vis major, casus, damnum fatale.

A. Werthzerstörung.

Die Kraft der Naturgesetze wird durch die immer fort steigende Civilisation mehr und mehr gebrochen [166]). Denn Civilisation ist die wachsende Herrschaft des Menschen über die rohen Kräfte der Natur. So haben z. B. die Forschungen der Gelehrten über das Wesen der Electrizität, die Erfindung des Blitzableiters, der solidere Bau der Häuser, die Abschaffung der

---

[166]) Oder vielmehr unschädlich gemacht. „Wir können die Macht der Natur nur brechen, indem wir ihr gehorchen." Baco.

Strohdächer, eine einsichtige Feuer-Polizei, die Capitalzerstörungen durch Brandschäden immer seltener gemacht und die Fortschritte der Medicin verhindern immer mehr und mehr die Zerstörung von Arbeitskräften. So weit menschliche Kunst und Sorgfalt nicht ausreicht, die zerstörende Wirkung der Naturgesetze abzuwenden, hat man wenigstens gesucht, die Folgen derselben zu beseitigen. Man ist auf den sehr richtigen Gedanken gekommen, daß die Productivkraft eines großen Kapitals = Null ist, wenn dasselbe zersplittert und auf viele Producenten vertheilt wird, — daß also auch umgekehrt durch kleine Beiträge Vieler ein zerstörtes großes Capital ersetzt werden kann, ohne daß die Conferenten wesentlich an der Productivkraft ihres Capitals geschwächt würden. Es haben sich Gesellschaften gebildet, deren Mitglieder sich gegenseitig zum Ersatz von Capitalien verpflichtet haben, welche durch unabwendbare Naturkräfte verloren gegangen sind. So sind die Feuer-, Hagel-, See-, Transport-, Vieh-, Lebens-Versicherungsgesellschaften entstanden. Durch Unglück verlorene Arbeitskraft läßt sich durch ein Capital ersetzen; denn die Arbeitskraft läßt sich kaufen. Auch Associationen zu diesem Zweck haben sich gebildet. Erwerbsinn und Speculation von Capitalisten hat zur weiteren Vollkommenheit in der Versicherung von Kapitalien und Arbeitskräften geführt. Die Erwägung, daß mit der steigenden Civilisation die Zahl der Unglücksfälle immer kleiner wird, und daß, wenn von einer Menge von Menschen feste Beiträge zur Deckung für einen bestimmten Zeitraum gegeben werden, ein bedeutender Ueberschuß vorhanden sein kann, hat Capitalisten veranlaßt, aus der Versicherung fremder Capitalien und fremder Arbeitskräfte ein Gewerbe zu machen. Sie vereinigen sich zu einer Actien-Gesellschaft und übernehmen den Ersatz der in einem bestimmten Zeitraum durch Unglücksfälle zerstörten Capitalien oder Arbeitskräfte,

gegen eine feste Summe, — Prämie genannt — und speculiren darauf, daß während jenes Zeitraums die Summe der zu leistenden Entschädigungen nebst den Zinsen des lahmliegenden Grundcapitals und dem Lohn ihrer aufgewendeten Arbeit viel geringer sein werde, wie die Summe sämmtlicher Beiträge, die sie erheben. Da das Gewerbe lucrativ ist, so bilden sich viele solcher Capitalvereine (sogenannte Versicherungsgesellschaften) zum Betriebe dieses Gewerbes, und die unter ihnen eintretende Concurrenz drückt die Versicherungs-Prämie auf ein Minimum herab. So wird das Publicum in den Stand gesetzt, für eine, verhältnißmäßig kleine und feste Summe durch ein einfaches Geschäft Capital und Arbeitskräfte sicher zu stellen. Die Nationalökonomie stellt die Anforderung an das Recht, daß der Entwickelung dieses, für das Gemeinwesen so wohlthätig wirkenden Versicherungswesens, Nichts in den Weg gelegt werde; indessen wird, um das Publicum gegen Betrug schwindelnder Capitalisten zu schützen, nothwendig, daß der Betrieb dieses Gewerbes von einer Concession der Staatsregierung abhängig ist und unter fortwährender öffentlicher Controle bleibt.

B. Casuelle Ereignisse, welche bewirken, daß Productiv-Fonds zeitweilig unbenutzt liegen.

Dahin gehören: Ueberschwemmungen, Kriege, Seuchen, Handelsstockungen u. s. w. Die fortschreitende Civilisation hat auch gegen dergleichen schädliche Einflüsse die Gesellschaft mehr und mehr sicher gestellt: — durch Anlegung von Deichen, durch ein gehöriges Heerwesen, durch die Fortschritte der Medicin und Medicinalpolizei, durch Verbreitung nationalökonomischer Einsicht u. s. w. Die verschiedenen Einrichtungen, welche zur Abwehr solcher Unglücksfälle und ihrer Folgen getroffen sind, haben eine Menge von Verhältnissen, welche der Normirung bedurften, und daher eine Menge von Rechtssätzen hervorgerufen. Für

das Civilrecht sind hier zu erwähnen: — die Rechtsnormen, welche das Versicherungswesen betreffen, und das Deichrecht.

Soweit die Privatökonomie der Einzelnen von dergleichen Unglück betroffen wird, kann ohne vertragsmäßige Verpflichtung begreiflich Niemand zum Ersatz des Schadens verbunden sein, und die zwingende Gewalt der Naturgesetze bricht alle rechtliche Verpflichtung. Man drückt dies durch die beiden Sätze aus: Casum sentit dominus, und: Impossibilium nulla obligatio.

Wir können nicht unterlassen, hier beiläufig darauf hinzuweisen, daß ein Capital durch seine Geringfügigkeit unproductiv sein kann, und daher in jedem Staat eine Menge kleiner Capitalien lahm liegen. Sie werden durch Vereinigung productiv. Anstalten zu diesem Zwecke sind die Spaar-Cassen. Sie sind gewissermaßen Bassins, in welche die kleinen unproductiven Capitalien zusammenfließen, um einen Productiv-Fonds zu bilden. Diese Anstalten nützen der allgemeinen Production, indem sie der Industrie Capitalien zuführen, welche sonst für sie verloren gewesen wären, der Privatökonomie, indem eine Menge von Privatleuten dadurch in den Stand gesetzt wird, die kleinsten Ersparnisse productiv anzulegen.

II. Menschliche Verschuldung (Absicht, Nachlässigkeit). Was zunächst

A. die Werthzerstörung und zwar

1) eigener Vermögensobjecte betrifft, so kann hierin Niemand beschränkt werden; denn die Freiheit der Disposition über das Seinige gehört zu den obersten Grundsätzen der Nationalökonomie. Ausgenommen können nur die Fälle sein, wo aus solcher Zerstörung für Andere Gefahr entsteht, also das Gemeinwohl gefährdet wird, und wo die Grundsätze der Sittlichkeit eine Beschränkung der freien Disposition gebieten. Das Recht hat denn auch eine allgemeine Einschränkung der Privatwillkühr

nicht, verbietet aber bei Strafe und verhindert die Anzündung eigener Gebäude, wenn dadurch Andere in Gefahr kommen und setzt den Verschwender unter Curatel. Das römische Recht behandelt den prodigus geradezu als furiosus [167]). Außerdem verbietet es die Schenkungen unter Ehegatten und erklärt sie mit Ausnahme einzelner Fälle für null und nichtig [168]). Andere Schenkungen werden an eine Form geknüpft, um Leichtfertigkeit und Uebereilung zu verhüten: — eine Schenkung über 500 solidi ist für den Ueberschuß nichtig, wenn sie nicht gerichtlich insinuirt wird [169]). Die Gesetzgebung hat versucht, bei den Römern sowohl, wie bei uns in Deutschland — den Luxus, d. h. die unproductive Consumption aus Prunksucht einzuschränken [170]); allein man hat auf die Durchführung solcher Vorschriften verzichten müssen: — Die Luxusgesetze sind sämmtlich in desuetudinem gekommen.

Anlangend

2) die Zerstörung fremder Werthe, so verpflichtet die Lex Aquilia [171]) einen Jeden zur höchsten Aufmerksamkeit, omnis diligentia, gegen das Vermögen Anderer, und macht ihn für alle vermeidlichen Handlungen verantwortlich, durch welche er eine Zerstörung fremden Capitals [172]) hervorbringt. Die Zerstörung fremder Werthe heißt bei den Römern damnum injuria datum. Der Zusatz injuria bezeichnet, daß es Schäden geben kann, die man Andern zuzufügen berechtigt ist. Schon

---

167) L. 1. pr. 10. pr. D. de curat. fur. (27. 10.)

168) Puchta Pand. §. 425.

169) L. 34—36 C. d. donat. (8. 54.)

170) Roscher, System Bd. I. §. 235.

171) Vgl. oben Abhandl. I. S. 4.

172) Die Praxis hat die Bestimmungen der L. Aequilia auf die Fälle zerstörter Arbeitskraft ausgedehnt. Puchta Pand. §. 388.

die 12 Tafeln enthalten Bestimmungen über das Damnum. Dazu kamen spätere Gesetze. Alle wurden endlich durch die Lex Aquilia absorbirt. Lex Aquilia, sagt Ulpian, omnibus legibus, quae ante se de damno locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis sive alia quae fuit, quas leges nunc referre non est necesse [173]). Das Gesetz ist ein Plebiscit, rogirt durch den Volkstribunen Aquilius [174]). Es beschränkte sich ursprünglich auf das damnum corpore corpori datum; dann wurde es durch Interpretation auf mittelbare Beschädigung von Sachen angewandt, endlich auch durch die Praxis auf andere Beschädigungen durch positive Handlungen jeder Art: Sed si non corpore damnum datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, quum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri, veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit ut fugeret [175]).

Der Zweck der Lex Aquilia war, Jeden zur höchsten Diligenz und Vorsicht gegenüber dem Vermögen eines Andern zu veranlassen. Der Beschädigte haftet für levissima culpa [176]), d. h. stets wenn kein casus vorliegt. Grade der culpa giebt es für die Lex Aquilia nicht. Der für Contractsverhältnisse geltende Maßstab der Diligenz eines bonus paterfamilias war hier durchaus unanwendlich, weil man es Niemandem zumuthen kann, die ganze Außenwelt als „seine

---

173) L. 1. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

174) cit. L. 1. §. 1.

175) §. 16. J. d. leg Aquil. (4. 3.)

176) L. 44. pr. D. ad leg. Aqnil. (9. 2.): In lege Aquilia et levissima culpa venit.

Wirthschafts-Gegenstände" zu behandeln und sich in Betreff derselben als „guter Wirth" zu geriren. Die gangbare Ansicht, daß auch in Fällen der Lex Aquilia dieser Maßstab anzulegen sei, ist eine unbegreifliche Absurdität. Wir statuiren damit keineswegs drei Grade der culpa, sondern behaupten nur, daß es für die Lex Aquilia überall keine Grade, sondern nur culpa und casus giebt. —

Der Beschädiger hat den zerstörten Werth zu ersetzen, bei dessen Berechnung noch ein besonderer, ihm nachtheiliger modus vorgeschrieben ist [177]), und außerdem allen weiteren, mittelbar veranlaßten Schaden, selbst wenn dieser außer aller Berechnung des Beschädigers lag, zu erstatten [178]). — Ganz andere Grundsätze treten ein bei Contractsverhältnissen, wo durch Verletzung contractlicher Verbindlichkeiten der eine Contrahent dem andern einen Werth zerstört. Hier handelt es sich nicht um den Willen des Gesetzgebers und um die Mittel, welche derselbe für angemessen erachtet, um Schaden von fremdem Vermögen abzuwenden; das Recht überläßt principiell Alles der Vereinbarung der Contrahenten und entscheidet, wenn solche nicht vorliegt oder nicht ausreicht, mit Berücksichtigung der individuellen Umstände nach dem präsumptiven Willen der Contrahenten, wobei die Natur des Geschäfts wesentlich in Betracht kommt. Die Rechtssätze vom Schadenersatz beruhen also hier auf interpretatio voluntatis und müssen daher ganz anderer Art sein, wie die Bestimmungen der Lex Aquilia [179]). Der Contrahent haftet denn

---

177) L. 2. pr. 11. §. 2. L. 27. §. 5. eod.

178) Vgl. unten S. 114.

179) Es ist ein Mangel der heutigen Theorie des Röm. Rechts, daß diese Nothwendigkeit nicht scharf hervorgehoben ist; vielmehr umgekehrt

auch dem Contrahenten nie für culpa schlechthin; ebenso wenig für mittelbaren Schaden, der außer aller Berechnung lag; auch findet bei der Schätzung des Marktwerths des zerstörten oder beschädigten Objects die nachtheilige Bestimmung der Lex Aquilia nicht statt. An die Stelle der Strenge, welche die Lex Aquilia characterisirt, tritt hier billige Rücksicht. Eine hinkende Partie im römischen Recht ist, daß bei einzelnen Contractsverhältnissen noch eine Concurrenz der Lex Aquilia mit der präsumptiven voluntas statt findet. Es dürfte schwer halten, heut zu Tage einem Depositar begreiflich zu machen, daß seine Verpflichtung zum Schadenersatz ganz verschiedener Art sei, jenachdem die Beschädigung der res deposita eine positive oder negative Handlung sei, namentlich für solche Fälle, wo es mit dem besten Willen gar nicht zu sagen ist, ob die Beschädigung Folge eines Thuns oder Unterlassens ist.

B. Lahmliegen von Productiv-Fonds.

1. Eigne Fonds.

Es muß Jedermann freistehen, seine Fonds zu benutzen oder unbenutzt liegen zu lassen. Nur aus Rücksicht auf die öffentliche Wohlfahrt könnte hier ein rechtlicher Zwang stattfinden. Das römische Recht anerkennt denn auch diese Freiheit im Allgemeinen, verordnet aber, daß der Eigenthümer eines Grundstückes als Derelinquent behandelt werden solle, welcher es zum Nachtheil des Cultur- oder sonstigen öffentlichen Interesses verläßt, wenn ein Anderer es in Besitz nimmt, anbaut, und von Jenem nicht innerhalb zweier Jahre wegen der gemachten Verwendungen und Ausgaben entschädigt werde [180]).

Rechtssätze der actio ex lege Aquilia benutzt sind, um Schadenersatzfragen in Contractsfällen zu entscheiden.

[180]) L. 8. C. d. omni agro des. (11. 59.)

2. Vorenthaltung fremder Productiv-Fonds.

Dies ist möglich

a) durch den bloßen Besitz oder die Detention einer fremden Sache. Das römische Recht macht Jedem zur Pflicht, dem Eigenthümer nicht durch rechtswidrigen Besitz die Productivdienste seiner Sache zu entziehen und zwingt den Besitzer, vorausgesetzt, daß er in culpa ist, oder — wie es hier genannt wird — in mala fide, die fructus percipiendi zu erstatten. Jedoch kann nur begehrt werden, was dem Eigenthümer wirklich entzogen ist, d. h. die fructus ex re oder was dasselbe bedeutet, die utilitas circa rem ipsam. — Darunter ist nur die Bodenrente zu verstehen [181]). Er darf sich dabei nicht entschuldigen, daß er wegen Mangels an Betriebscapital oder Arbeitskräften oder aus irgend einem andern Grunde nicht habe produciren können oder die Production habe beschränken müssen. Diese Frage wird vielmehr beurtheilt vom Standpuncte des dominus aus. Generaliter autem, sagt Papinian, quum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae-fidei possessor fruiturus sit sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset [182]).

b) Jemand, der zur Leistung oder zur Einräumung eines Productiv-Fonds aus einem obligatorischen Verhältniß verpflichtet ist, erfüllt seine Verpflichtung nicht, z. B. der Verkäufer oder Käufer kommt in mora, der Verpächter übergiebt die res locata

---

[181]) Denn es können für die fructus percipiendi keine strengeren Grundsätze gelten, wie für die fructus percepti. Diese werden immer nur ihrem Nettoertrage nach restituirt. Hoc fructuum nomine contineri, sagt Diocletian, quod justis sumtibus deductis superest, non ambigitur. L. 46. D. d. usuris. (22. 1.)

[182]) L. 62. §. 1. D. d. R. V. (6. 1.)

nicht oder der Pächter restituirt sie nicht. Auch hier wird, — was die dem Gläubiger entzogenen Productiv-Dienste und dadurch vereitelten Producte betrifft — nur die utilitas circa rem ipsam praestirt, nicht, was er Alles inzwischen mit derselben hätte produciren können. Daher heißt es: quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit. Neque enim si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est [182]). Die Zwecke des Käufers rücksichtlich der Waare gehen den Verkäufer gar nichts an, wenn er nicht dieserhalb besondere Garantieen ausdrücklich oder stillschweigend [183]) übernommen hat. Ist der Käufer in mora mit der Zahlung des Kaufpreises, so kann der Verkäufer gleichfalls nur Verzugszinsen fordern; denn eine Geldsumme kann für sich Nichts weiter als Zinsen produciren. Venditori, heißt es, si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit [184]). Die Zwecke des Verkäufers rücksichtlich des zu erhebenden Kaufpreises gehen ebenfalls den Käufer gar nichts an. Die eben angeführten Stellen enthalten offenbar ein allgemeines Princip, sind daher vollständig zu generalisiren und nicht etwa auf den Kaufcontract zu beschränken. Sie stehen keineswegs mit anderen [185]) im

---

[182]) L. 21. §. 3. D. d. A. E. V. (19. 1.)

[183]) Eine stillschweigende Garantie des gesammten Interesses übernimmt der Schuldner, der sich verpflichtet, an einen bestimmten Ort zu leisten. L. 2. §. 7. 8. D. d. eo quod certo loco. (13. 4.)

[184]) L. 19. D. d. peric. (18. 6.)

[185]) Die Stellen ad legem Aquiliam dürfen hier gar nicht heibeigezogen werden; diese haben, wie oben bemerkt, ihr eigenes Gebiet.

Widerspruch. Man muß nämlich wohl bemerken, daß diese Stellen lediglich und allein vom lucrum cessans reden, welches nicht unter den Begriff des Schadens (damnum) — auch nicht des mittelbaren Schadens fällt — sondern mit diesem unter den höheren und allgemeineren Begriff des Interesses, — daß sie den Contrahenten den Anspruch auf ein lucrum cessans durchaus nicht absprechen, sondern nur die Frage erörtern: was ein Contrahent als lucrum cessans verlangen kann, wenn der andere ihm durch seine mora die Productivdienste des Contractobjects eine bestimmte Zeit hindurch vorenthält, — ob namentlich für die Berechnung der ihm vereitelten Producte seine Speculation mit in Anschlag kommt, oder blos die Productivität des Objects an sich berücksichtigt würde? Die Quellen entscheiden: — die Speculation des Gläubigers kommt nicht in Betracht [187]). Er bekommt das lucrum cessans, aber nicht omne omnino quod lucrari potuit, sondern nur die utilitas circa rem ipsam. Und zwar wenn wir die Gründe hier kurz zusammenfassen 1) weil das omne lucrum nicht mit Bestimmtheit zu berechnen ist, 2) weil der Schuldner, der mit der Leistung eines Werths in mora kommt, an und für sich nur für die Producte dieses Werths verhaftet sein kann; endlich 3) weil es nicht als die Meinung eines vernünftigen Contrahenten angesehen werden kann, daß er im Falle der mora für alle nur mögliche Vor-

---

[187]) Die römischen Juristen sprechen hier ganz dasselbe Princip aus, welches über die Restitution und den Ersatz der fructus percipiendi von Seiten des malae fidei possessor gilt. Daß beide Fragen eng mit einander zusammenhängen und gleichbehandelt werden, darauf deutet schon die Ueberschrift des Tit. Dig. 22. 1. de usuris et fructibus hin. Die Controversen über jene beiden Stellen wären gewiß nicht entstanden, wenn man nicht an hergebrachten Schulsystemen geklebt und Lehren weit von einander getrennt hätte, die ihrem Inhalt und Wesen nach zusammen gehören.

theile des Gläubigers einstehen wolle. Damit ist aber keineswegs entschieden, daß er weiter Nichts bekommt, als die utilitas circa rem. Ohne Zweifel beansprucht er alle Werthe, welche ihm durch die mora mittelbar verloren gegangen; nur daß auch hier die Zwecke des Contrahenten nicht berücksichtigt werden. Wenn Jemand Weizen verkauft und mit der Tradition in mora kommt, so treffen ihn deshalb keine Verpflichtungen, daß der Käufer den Zweck hatte, mit dem Weizen seine Sclaven zu speisen und diese nun in Folge der mora verhungert sind [188]). Der Verkäufer schuldigt ihm contractlich einen bestimmten Werth in der Form von Weizen, hat ihm aber nicht die Realisirung aller Zwecke garantirt, die er etwa mit dem Weizen beabsichtigt.

Beim damnum injuria datum kann es vorkommen, daß dem Beschädigten eine bestimmte Zeit hindurch die Productivdienste der beschädigten Sache verloren gehen, dann tritt wieder die volle Strenge der Lex Aquilia ein. Der Beschädigte bekommt omne omnino quod lucrari potuisset [189]). Doch steht es mit der Anwendnng dieser Strenge in der Praxis mißlich, weil unserer Ansicht nach die Frage: — was der Beschädigte mit der beschädigten Sache inzwischen Alles würde producirt haben können — sich mit Bestimmtheit nie würde beantworten lassen. Darauf weist auch Ulpian hin: — ubi damni injuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, quum incertum fuerit an caperentur. Idemque et in venatoribus et aucupibus probandum [190]).

Justinian hat verordnet, daß bei der Zerstörung eines bestimmten Werths, das gesammte Interesse nie das Doppelte

---

[188]) cit. L. 21. §. 3. D. d. A. E. V. (19. 1.)

[189]) L. 33. pr. in f. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

[190]) L. 29. §. 3. i. f. eod.

jenes Werths übersteigen soll. Bedarf der gestörte Werth einer Ermittelung, wie in allen Fällen, wo ein Schade vorliegt, ohne daß ein Object von bestimmtem Werthe zerstört ist, so soll der ermittelte wirkliche Schade ersetzt werden. Dabei soll, da diese Verordnung sich ganz allgemein auf den Ersatz des Interesses bezieht, kein Unterschied gemacht werden zwischen damnum und lucrum. Es soll also im ersteren Falle bei der Berechnung des alterum tantum das lucrum cessans mit eingerechnet und im letzteren Falle nur das ermittelte wirkliche lucrum cessans ersetzt werden [191]).

Justinian's Absicht war, wie er ausdrücklich sagt, eine doppelte:

1) den Ersatz der wirklichen Beschädigung auf eine bestimmte Grenze zu reduciren, um die in infinitum gehende Liquidation des Interesses, welche einerseits inhuman war, andererseits die Richter sehr belästigte und das Verfahren verwickelte, abzuschneiden. Er rechtfertigt diese Einschränkung, indem er den Schadensersatz als poena auffaßt und sagt: — cum sciamus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competenti moderamine proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur.

---

[191]) Cit. l. un. C. (7. 47.) Die Constitution umfaßt: omnes casus, und unterscheidet lediglich: casus, qui certam habent quantitatem et naturam, und: casus qui incerti esse videntur. Eine weitere Distinction zwischen Contract und Delict, zwischen doloser und culposer Werthzerstörung findet nicht statt. Die Constitution kommt also ohne Rücksicht auf dergleichen Verschiedenheiten ganz kategorisch zur Anwendung. — Beim Kaufcontract giebt im Falle der zerstörten res vendita der vereinbarte Preis die Norm für das zu berechnende duplum, denn dieses pretium ist der vereinbarte Werth der res vendita. Ein Käufer, der dies nicht gelten lassen wollte, würde mit sich selbst in Widerspruch kommen und ihm mit Recht die exceptio doli opponirt werden können. Siehe Heft IV. S. 29. Vgl. auch die cit. L. 21. §. 3. d. A. E. V. (19. 1.) — pretium tritici . . . consequitur.

2) soweit wegen Unbestimmtheit des Objects eine gesetzliche Grenze unmöglich sei, jedenfalls das zu ersetzende Interesse auf die wirkliche Beschädigung zu reduciren, also alle Berechnung desselben nach bloßer Wahrscheinlichkeit auszuschließen — ut hoc, quod revera inducitur damnum, reddatur. Es ist damit der zu ersetzende mittelbare Schade auf die Fälle des erwiesenen Causalzusammenhangs beschränkt und was das lucrum cessans betrifft, der Anspruch auf das omne omnino quod creditor lucrari potuisset bestimmt ausgeschlossen.

V.

Einfluß der Sittlichkeit auf die Entwickelung des Rechts.

Unter „Sittlichkeit" verstehe ich[192]: den prädominirenden Einfluß der Philantropie und der Gerechtigkeit auf die Handlungen des Menschen. Leben unter dem vorwiegenden Einfluß dieser beiden Motive nennen die Römer: honeste vivere. Der Philantropie entspricht das bonum und die Regel: neminem laede; der Gerechtigkeit das aequum und die Regel: suum cuique tribue.

Die Einwirkung dieser beiden Seiten des menschlichen Gemüths, welche Jedem angeboren, aber in ihrer Wirksamkeit oft durch antimoralische Triebfedern gehemmt sind, auf die Entwickelung und Gestaltung des Civilrechts soll hier schließlich in der Kürze dargelegt werden. Der Zusammenhang mit den voraufgehenden Abhandlungen liegt in dem Ausspruch Baco's: „der Reichthum ist das Gepäck der Tugend"[193], und in der unbestreitbaren Wahrheit, daß die aequitas nur durch die Na-

---

[192]) Bekanntlich ist man sich über diesen Begriff nicht einig. Vergl. Schopenhauer's Preisschrift über die Grundlage der Moral.

[193]) Serm. fidel. XXXIV: Divitiae cognomine magis proprio vocare nequeam, quam ut appellem impedimenta virtutis. Sicut enim se habent impedimenta ad exercitum, ita divitiae ad virtutem; quinetiam cura illarum victoriam saepe disturbat.

tionalökonomie in der practischen Rechtsanwendung zur vollen Geltung gelangen kann.

1. Die Philantropie.

Wohlwollen, Humanität sind, genau betrachtet, nur Species eines allgemeineren Gefühls, nämlich: der Freude an allem Organischen; sie zeigt sich zunächst als Menschen-Liebe und dehnt sich mit dem Fortschreiten der Bildung auf Thiere [194]) und Pflanzen aus. Ja, es giebt Philosophen, welche die Freude an dem Wirken der Kräfte der unorganischen Natur auf dieselbe Quelle zurückführen. Die Philantropie äußert sich auch im Schmerz, welcher „Mitleid" heißt [195]).

Sobald die Humanität sich durchweg in einem Volke entwickelt, und ein Zug im Nationalcharakter des Volks wird, fängt sie sofort an, ihren Einfluß auf das Recht zu üben. Es verschwinden allmälig die Rechtssätze und die Rechtsinstitute, welche der Humanität widersprechen. So verliert sich die unbedingte Haustyrannei über Weib, Kind und Sclaven. Bei den Römern verschwindet mehr und mehr das Institut der manus, d. h. die strenge hausherrliche Gewalt über die Ehefrau; die letztere hört nach und nach auf, filiae loco zu sein, und gewinnt neben dem Mann eine freiere und würdigere Stellung. Die patria potestas über die Descendenz, welche ursprünglich zur Aussetzung und Tödtung der Kinder berech-

---

194) Ein sittlicher Fortschritt unserer Zeit manifestirt sich in den Gesetzen gegen Thierquälerei.

195) Der Begriff: „Philanthropie" ist ein Begriff a priori und kann, ebensowenig wie ein empirischer Begriff, definirt werden. Man muß sich begnügen, den Begriff zu expliciren und durch Beispiele anschaulich machen. Eine apodictische Gewißheit rücksichtlich der Ausführlichkeit des so gewonnenen Begriffs ist unmöglich. Vgl. Kant, Krit. der r. Vernunft, 3. Aufl. S. 756. 757.

tigte, verliert an Strenge, und der filiusfamilias, anfangs eine bloße Erwerbsmaschine des parens, wird fähig, eignes und selbstständiges Vermögen zu besitzen. Die Zurücksetzung der emancipirten Kinder gegen die noch in väterlicher Gewalt befindlichen, der Cognaten gegen die Agnaten wird beseitigt. Die servitus endlich nimmt mehr und mehr einen milderen Character an. Die Humanität entfernt weiter die ihr widersprechenden rechtlichen Consequenzen aus Rechtssätzen. So entstanden z. B. rechtliche Beschränkungen des Eigenthums; so entstand bei Schuldverhältnissen die Beschränkung der Execution gegen das Vermögen des Schuldners, das beneficium competentiae und die cessio bonorum; so entstand die replica doli gegen den Satz: Qui suo jure utitur, neminem laedit. Schimpfliche Verträge wurden für ungültig erklärt. Die Humanität ruft ferner ganz neue Rechtsinstitute hervor. Dahin gehört die Vormundschaft und Curatel, die Pflicht zur Dotation, Alimentation und Beerdigung naher Verwandten. Weiter äußert sich die Philantropie in der Berücksichtigung allgemein menschlicher Schwächen und in den Inconsequenzen, welche dadurch im Recht hervorgerufen werden. Hieher gehört die Berücksichtigung des Alters, auch die Berücksichtigung der natürlichen Leichtfertigkeit des Weibes; besonders aber die Berücksichtigung des Irrthums bei Rechtsgeschäften und Delicten. Endlich führt die Philantropie zur Achtung der jedem Menschen eingeborenen Gefühle und Neigungen: — der Religiosität und Pietät, des Selbstgefühls, des guten Leumunds, des Wohlanstands, ja der Philantropie und Gewissenhaftigkeit Anderer und wird so die Quelle mancher Rechtssätze. Wir nennen hier die Bestrafung der Gotteslästerung und der Störung des Gottesdienstes; den rechtlichen Schutz der res sacrae, sanctae und religiosae; das Recht der Enterbung wegen grober

Impietät der Kinder gegen die Eltern; die Bestrafung der Injurie, der Verläumdung des guten Rufs, absichtlich verübter Unanständigkeiten, die Bestrafung des Undanks durch Revocabilität der Schenkung, des Vorwurfs begangener Verbrechen und Unredlichkeiten.

2. Die Gerechtigkeit.

Auch diese Seite des menschlichen Gemüths, — indem sie sich allmählig in einem Volke entwickelt, manifestirt sich im positivem Rechte. Das Gefühl der Nothwendigkeit, ein gegebenes Wort zu halten, und ein geschenktes Vertrauen zu würdigen[196], war bei den Römern die Quelle zweier wichtiger Rechtsgrundsätze: 1) Pacta sunt servanda; 2) Is natura debet, cujus fidem sequuti sumus. Auch die Berücksichtigung der bona fides gehört hierher. In der Anwendung des Rechts bildet sich allmählig das Princip, daß nicht allein das Wort, sondern auch der Geist, d. h. die Absicht des Gesetzgebers berücksichtigt werden müsse, und dieser Grundsatz führte zur Interpretation der Rechtssätze und zur Analogie. Die Gesammtheit der positiven Satzungen, welche den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprachen, faßten die Römer unter dem Ausdruck „aequitas“ zusammen[197]. Die aequitas bildet:

1) den Gegensatz gegen den Buchstaben des Gesetzes. „Der Geist des Gesetzes soll den Buchstaben des Gesetzes

---

[196]) Auch von der „aequitas“ giebt es keine Definition, sondern nur eine Explication, deren Genauigkeit und Vollständigkeit stets zweifelhaft bleibt.

[197]) In omnibus quidem, maxime in jure aequitas spectanda est, sagt Paulus, L. 90. D. d. R. J. (50. 17.) Es wird scharf getrennt das aequum und das licitum, — das iniquum und illicitum.

beherrschen", — lautet der Grundsatz des Kaisers Constantin. Placuit in omnibus rebus praecipuum esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem [198]). Aequitas bezeichnet hier also die durch Interpretation gefundene ratio des Gesetzes. Es ist an einem andern Orte ausgeführt worden, wie die Nationalökonomie den Schlüssel liefert zu der ratio vieler Gesetze. Sie ist also die Wissenschaft, welche die aequitas im Recht zur Herrschaft bringt, und nicht, wie bornirte Theoretiker mit dem vornehmen Hohn des Pedanten behaupten, — „den rohen Materialismus an die Stelle der Aequität setzt." Wenn Ulpian [199]) die Erforschung der aequitas im Recht, als die vera, non simulata, philosophia erklärt; so ist die Nationalökonomie für eine Masse von Rechtssätzen die wahre, d. h. — practische Rechtsphilosophie im Gegensatz zur rechtsphilosophischen Phraseologie. — Insofern man durch Interpretation zur Analogie gelangt, also für einen concreten Fall eine Norm findet, wofür es an einem directen Gesetz fehlt, sagen die römischen Juristen sehr richtig: — haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur [200]). — Die aequitas bildet:

2) bei Rechtsgeschäften den Gegensatz gegen das ausdrücklich gesprochene Wort: sie ist das id quod actum est, im Gegensatz des id quod dictum est; sie ist also identisch mit bona fides. Daher sagt Ulpian: Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat [201]). Die Aequitas ist also die Berücksichtigung des stillschweigenden und präsumtiven Willens der Contrahenten und

---

[198]) L. 8. C. d. jud. (3. 1.)

[199]) L. 1. §. I. D. d. just. et jure. (1. 1.)

[200]) L. 2. §. 5. D. (39. 3.)

[201]) L. 31. pr. D. Depositi. (16. 3.)

des Testators. Dies setzt eine genaue Kenntniß der factischen Verhältnisse des Lebens voraus, und folglich ist auch für die Beurtheilung der Rechtsgeschäfte die Nationalökonomie eine Förderin der aequitas.

Es ist übrigens bei der Berücksichtignng der aequitas stets der Standpunct des practischen Juristen, der es mit der Anwendung des Rechts zu thun hat, und der legislative Standpunct zu unterscheiden. Soweit das positive Recht die aequitas ausschließt, darf der practische Jurist, so sehr es auch seinem Gefühl widerstreben mag, sie nicht berücksichtigen. So konnten denn auch die Römischen Juristen die Grundsätze: Pacta sunt servanda, und: is natura debet, cujus fidem sequuti sumus, — nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen berücksichtigen.

Dadurch, daß das sittliche Element nach und nach das Recht durchdringt, und auch in der Handhabung des Rechts zur Herrschaft gelangt, hört die Rechtswissenschaft auf, ein bloß mechanisches Wissen zu sein; die Jurisprudenz wird eine Kunst, welche von dem Juristen Celsus sehr schön und treffend: ars aequi et boni genannt wird [202]).

---

202) L. 1. pr. D. d. just. et jure. (1. 1.)

Anhang.

Anhang.

I.

Die logische und mathematische Seite des Civilrechts.

Man kann philosophiren über die Rechtssätze, d. h. nach ihren Principien forschen. Man kann aber auch philosophiren über die Jurisprudenz, d. h. über die Arbeiten des juristischen Verstandes, d. h. untersuchen, warum die Juristen, indem sie die Rechtssätze als Material des Denkens behandelten, — dies und Nichts weiter leisteten, es so und nicht anders zu Stande brachten. Die letztere Art von Rechtsphilosophie ist nichts Anderes, als die Erklärung der juristischen Leistungen aus der Psychologie, d. h. aus der Natur des menschlichen Verstandes. Wenn eine bestimmte Wissenschaft Jahrhunderte lang getrieben worden, so darf man annehmen, daß der menschliche Verstand alle ihm zu Gebote stehenden Kräfte auf diesem Gebiete versucht und soweit die Natur des Gegenstandes es zuließ, auch angewendet hat; man kann also eine solche Wissenschaft benutzen, um sich über die einzelnen Kräfte des Verstandes klar zu werden, also um psychologische Forschungen zu machen; — umgekehrt aber auch, von der Psychologie belehrt, untersuchen, was der menschliche Verstand in einer Wissenschaft überhaupt leisten kann, und ob dies geschehen ist. Nimmt man diese Operation mit der Jurisprudenz vor: so rollt sich nothwendig diese Wissenschaft von selbst vor uns auf, und man sieht, wie weit sie in ihren Arbeiten gekommen, und was ihr zu thun noch übrig ist. Ich

habe diese Arbeit auf dem Gebiete des Civilrechts vorgenommen und gefunden, daß man zwar das Recht erlernen muß, aber a priori construiren kann, was uns die Jurisdrudenz überhaupt zu lehren vermag. Es schien mir gut und nützlich, diese Arbeit zu veröffentlichen und sie hier anzuschließen, weil sie eine wesentliche Ergänzung der obigen Abhandlung über die Principien des Civilrechts bildet und eine klare Entwickelung der, dort nur kurz angedeuteten, mathematischen und logischen Seite des Civilrechts enthält.

Wenn der menschliche Verstand Rechtssätze als Material des Denkens behandelt: so beschränken sich alle seine Operationen nothwendig auf eine dreifache Untersuchung.

1. der Identität (Verschiedenheit, Aehnlichkeit).
2. der Folge (nach dem Satze des Widerspruchs).
3. der Causalität.

Denn er kann mit diesem Material Nichts weiter anfangen, als:

ad 1: vergleichen,
ad 2: schließen,
ad 3: Ursachen und Wirkungen aufsuchen.

Um sich bei dieser Arbeit nicht zu verwirren, bedient er sich eines eigenen Hilfsmittels. Indem er nämlich das unabweisbare Bedürfniß fühlt, Vielerlei durch Eins zu denken, construirt er sich, so zu sagen, Maschinen, welche man „Begriffe" nennt, und bezeichnet sie für das Gedächtniß mit besonderen Kunstausdrücken. So gelangt er zu juristischen Begriffen und zur juristischen Terminologie. Alle solche Begriffe sind Theil-Vorstellungen. Dahin gehört der Begriff: Recht (Befugniß), Rechtsgeschäft, Contract u. s. w. Servitut, Kauf,

Societät u. s. w. Diese Begriffe kann er dann wieder als Material behandeln, um jene dreifache Operation vorzunehmen. Er untersucht

1. Identität, Verschiedenheit, Aehnlichkeit der Begriffe.
2. die Folgen der Begriffe nach dem Satze des Widerspruchs, d. h. er zerlegt mittelst analytischer Schlußfolgerung einen Begriff in seine Bestandtheile.
3. die Causalität, d. h. er untersucht die wesentlichen Bedingungen der Existenz des Begriffs (z. B. Entstehung des Eigenthums), seiner Forterxistenz (Untergang) und seiner Wirksamkeit (Schutz).

Um wiederum mehrere juristische Begriffe durch Eins denken zu können, z. B. die Begriffe Contract und Testament, bildet er sich höhere Begriffe, z. B. den Begriff eines Rechtsgeschäfts, die also wiederum nur Theilvorstellungen enthalten.

Der Verstand operirt also in der angegebenen dreifachen Weise entweder 1) direct mit Rechtssätzen oder 2) mit Rechtsbegriffen.

Der Mensch hat von Natur den Trieb, eine Menge vorliegender Einzelheiten zu ordnen, d. h. das Gleichartige zusammenzufassen. Er hat ferner den Trieb, aus einem Complex einzelner Materialien ein Gebäude aufzuführen, oder, wie man es ausdrücken kann, mit dem Material architectonisch zu verfahren. Ordnung und System sind zwei ganz verschiedene Dinge. Was geordnet ist, ist noch kein System, und ein System kann, wenn man auf die Stellung des Gleichartigen und Ungleichartigen sieht, sehr unordentlich sein. Es können, wenn ein Complex Materialien geordnet ist, und dann ein System daraus gemacht wird, die einzelnen Theile ihre Stellung sehr wesentlich ändern. Rechtsbegriffe lassen sich ihrer

Natur nach nur ordnen; Rechtssätze dagegen können nicht bloß geordnet, sondern auch systematisirt werden.

Die Rubriken für die Ordnung nennt man Schema. Man kann also Rechtssätze schematisiren und systematisiren. Das System unterscheidet sich vom Schema dadurch, daß es eine Einheit bildet, in welcher jeder Theil vom andern getragen wird, und durch seine Unveränderlichkeit. Es kann eine Verschiedenheit des Schemas, aber nur ein System geben.

Ein Schema von Rechtssätzen kann nur sehr wenige und sehr weite Rubriken haben. Ein solches haben die Römer aufgestellt in dem Satz: Omne jus pertinet vel ad personas vel ad res vel ad actiones. Ein System von Rechtssätzen haben sie nicht, sondern innerhalb jenes allgemeinen Schemas schematisiren sie die Rechtsbegriffe und so indirect die Rechtssätze. Auch die neueren Juristen haben nur Schemata, kein System.

Wenn gleich das Ordnen, wie das Systematisiren, in der menschlichen Natur liegt, also an sich bloße Folge eines Triebes ist: so hat doch Beides seinen Nutzen, und kann aus diesem Grunde planmäßig geschehen, d. h. ein Werk des Verstandes sein. Schema und System geben beide dem Gedächtniß eine Stütze; aber das System legt dem Gedächtniß weniger Last auf, wie das Schema: — es befähigt, Rechtssätze zu entwickeln, welche man sonst, bei einem bloßen Schema, auswendig lernen müßte.

Die Construction eines Systems aus Rechtssätzen ist nur möglich, wenn man ihren Zweck berücksichtigt. Die Special-Zwecke ordnen sich höheren (d. i. allgemeineren) Zwecken unter, und vereinigen sich schließlich zu dem höchsten (d. i. allgemeinsten) Zwecke, „der öffentlichen Wohlfahrt.“ Die römischen Juristen verbannten alles Forschen nach der ratio der Rechts-

säße, weil sie die Lösung dieser Aufgabe für unmöglich hielten, und konnten daher begreiflich kein System des Civilrechts aufstellen. Derselben Ansicht folgen die neueren Juristen. Wir haben an einem andern Orte nachgewiesen, daß die Erforschung der rationes h. z. T. nicht mehr unmöglich ist. Um jedoch nicht auf Irrthümer zu gerathen, muß man sehr vorsichtig zu Werke gehen, und die Vorschrift befolgen, welche Baco für die Forschungen im Gebiete der Physik giebt: — man muß allmählig von der nächsten ratio zur höheren aufsteigen, nicht sofort zum höchsten Zweck eines Rechtssatzes auffliegen, und dann hieraus die in der Mitte liegenden specielleren rationes ableiten wollen. Betrachten wir jetzt die Operationen des Verstandes mit den Rechtssätzen und Rechtsbegriffen genauer.

Kap. 1.

Die Rechtssätze.

I. Als Gegenstand des **Vergleichens** zum Zwecke der Ergründung der Identität, Aehnlichkeit oder Verschiedenheit.

Dabei sind folgende verschiedene Operationen möglich.

§. 1.

Man vergleicht die **Rechtssätze** mit **andern** Sätzen. Dadurch findet man den **Begriff eines Rechtssatzes**. Die Beschreibung dieses Begriffs heißt **Definition**. Die Sätze, welche den Gegensatz von Rechtssätzen bilden, kann man in dem allgemeinen Ausdruck: „**Naturgesetze**" zusammenfassen. Diese drücken den Zwang aus, dem der Mensch unmittelbar unterworfen ist, im Gegensatz zu dem Zwange, der auf menschlicher Anordnung beruht. Jene zwingende Macht liegt theils **außer**

ihm (Gesetze der Physik [1]), theils in ihm, d. h. in der eigenthümlichen Construction seines Seelen-Lebens und offenbart sich durch mehr oder weniger starke Triebe, welche einander coordinirt sind, sich bekämpfen und unterstützen, und je nachdem der Ausgang dieses innern Kampfes ist, den Menschen zu einem bestimmten Thun oder Unterlassen nöthigen. Der Regulator dieser Triebe (welche nach Baco sich der Zahl nach bestimmen lassen) ist der Verstand, welcher in dieser Function Vernunft heißt. Indem derselbe die Folgen des Thuns berechnet, gelangt er zu Maximen, welche, sofern sie vorschreiben, daß der Mensch stets der Stimme der Humanität und Aequität gehorchen solle, Moral-Gesetze heißen [2]).

§. 2.

Man vergleicht Rechtssätze mit einander. Dadurch findet man die Bestandtheile eines Rechtssatzes. Indem man nämlich die Rechtssätze mit einander vergleicht, macht man die Erfahrung, daß bei allen an ein bestimmtes Factum eine bestimmte Vorschrift geknüpft wird, daß also jeder Rechtssatz aus zwei Theilen besteht: — einer factischen Voraussetzung und einer Willenserklärung des Staats, oder kurz ausgedrückt: aus Factum und Jus [3]). Diese Operation, wodurch man die Theile eines Rechtssatzes findet, nennt man Analyse seines Begriffs. Weitere Vergleichung

1) der verschiedenen factischen Voraussetzungen der

---

[1]) Es giebt für den einzelnen Menschen einen Zwang, welcher auf der eigenthümlichen Organisation der „Gesellschaft“ beruht und dem er sich nicht entziehen kann. Solche Gesetze sind denen der Physik ganz analog.

[2]) Siehe die nähere Erörterung des Gegensatzes von „Natur und Recht“ in der II. Beilage.

[3]) Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts, Bd. I. S. 28.

Rechtssätze führt zu der Erkenntniß, daß sie entweder aus menschlichen Handlungen oder andern Thatsachen bestehen. Man nennt solche Handlungen, weil sich daran rechtliche Wirkungen knüpfen, juristische. Man bemerkt ferner, daß sie bald einseitige Handlungen sind, z. B. letztwillige Verfügungen, bald zweiseitige. Man bemerkt ferner, daß viele unter denselben geradezu den Zweck haben, eine bestimmte rechtliche Wirkung hervorzubringen. Diese hat man Rechtsgeschäfte genannt. Unter diesen zeichnen sich wiederum viele dadurch aus, daß sie den übereinstimmenden Willen und die übereinstimmende Willenserklärung Mehrerer enthalten. Dies sind Verträge. So gelangt man zu einer Anzahl von Rechtsbegriffen und deren Classification und somit zu einer Uebersicht aller factischen Voraussetzungen der Rechtssätze [4]).

2) der verschiedenen rechtlichen Bestimmungen der Rechtssätze führt zu der Erkenntniß, daß sie jedes Mal einen Zwang anordnen. Die von der Staatsgesellschaft garantirte Möglichkeit, Jemanden zu einem Thun oder Unterlassen zu zwingen, heißt Recht oder Befugniß, womit zugleich der correspondirende Begriff der Pflicht gegeben ist.

§. 3.

Man vergleicht die Rechtssätze verschiedener Völker mit einander. Dadurch findet man die Verschiedenheit und die Gleichheit des Rechts der Völker. Man macht nämlich bei dieser Operation, welche man vergleichende Jurisprudenz nennt, die Erfahrung, daß bei einer Menge von Rechtssätzen an dieselbe factische Voraussetzung verschiedene Bestimmungen geknüpft werden, und man lernt Dasjenige kennen, was den

---

[4]) Puchta Pand. §. 49. 54.

eigenthümlichen Character des Rechts eines bestimmten Volks bildet. Die alten römischen Juristen fanden auf diese Weise ihr Jus proprium Romanorum und theilten demnach den gesammten Complex ihrer Rechtssätze in jus civile und jus gentium ein [5]).

§. 4.

Man vergleicht die Rechtssätze eines und desselben Volks mit einander, und zwar:

1) die Rechtssätze des geltenden Rechts miteinander. Dabei erfährt man, daß innerhalb desselben Staats an dieselbe factische Voraussetzung sich verschiedene Rechtsbestimmungen knüpfen.

a) in einzelnen geographisch abgegrenzten Bezirken des Staats. Man faßt die Besonderheiten unter dem Ausdruck „Particular-Recht" zusammen im Gegensatz zum gemeinen Recht.

b) rücksichtlich einzelner Classen von Personen oder Sachen. Diese Besonderheiten faßt man unter dem Ausdruck: Jus singulare oder Privilegia zusammen, indem man weiter unterscheidet: privileg. personale und reale. Den Gegensatz (die Regel) nennt man jus commune.

c) man findet, daß viele Rechtssätze bei aller Verschiedenheit ihrer factischen Voraussetzungen, doch einzelne gemeinsame factische Momente als Voraussetzung haben. Indem man hiernach alle Rechtssätze ordnet, gelangt man zu einem Schema derselben. Die römischen Juristen haben, wie oben bemerkt, ein solches aufgestellt, aber die Neueren haben dieses sogenannte

---

[5]) Vgl. meine Abhandlungen: Nationalökonomie und Jurisprudenz, I. S. 6.

Institutionen-System [6]) als gänzlich nutzlos wieder aufgegeben.

2) Man vergleicht die Sätze des geltenden Rechts der Gegenwart mit den Sätzen der Vergangenheit. Auf diese Weise findet man, wie zuerst an ein bestimmtes Factum ein bestimmtes jus geknüpft ist und wie nach und nach die Rechtsbestimmung sich geändert oder die factische Voraussetzung Zusätze oder Abänderungen erhalten, während die Rechtsbestimmung dieselbe geblieben ist. Durch dieses Verfahren gelangt man zu der Geschichte eines Rechtssatzes und des Rechts überhaupt. Diese Art von Rechtsgeschichte kann man die äußere oder mechanische nennen, weil sie die einzelnen Veränderungen nicht als Wirkungen bestimmter Ursachen, die einzelnen Momente der Entwickelung nicht nach dem Gesetz der Causalität verkettet. Sie hat überall keinen Werth, sie dient nur zur Ergötzlichkeit der Pedanten und Antiquitäten-Krämer. Werth, d. h. Nutzen, hat nur diejenige Rechtsgeschichte, welche das Recht der Gegenwart aus dem Rechte der Vergangenheit nach dem Gesetz der Causalität erklärt [7]).

§. 5.

Man vergleicht eine abstracte Thatsache, welche die factische Voraussetzung eines Rechtssatzes bildet,

---

[6]) Gaj. I. §. 8.

[7]) Die sog. historische Schule hat sich ein besonderes Verdienst dadurch zu erwerben geglaubt, daß sie diese mechanische Rechtsgeschichte bis zum Exceß cultivirte. Sie übt dadurch noch jetzt einen furchtbaren Druck auf die geistige Entwickelung unserer jungen Juristen aus, und nöthigt sie, nicht bloß eine schöne Zeit auf das Nutzloseste zu vergeuden, sondern macht sie auch unfähig, die Zustände der Gegenwart mit Frische und Klarheit aufzufassen, indem sie den Geist der Jugend unausgesetzt mit der Anschauung längst verschwundener Dinge beschäftigt.

mit einer in concreto vorliegenden Thatsache, um die Anwendbarkeit dieses Rechtssatzes auf dieses Factum zu untersuchen. Dieses Verfahren heißt, wenn die Vergleichung die vollständige Congruenz ergiebt, „Subsumption". Man subsumirt einen concreten Fall unter die einschlagende Rechtsnorm. Ergiebt sich statt der Identität nur die Aehnlichkeit, so kann, wie weiter unten (§. 13) zu erörtern ist, dennoch der Rechtssatz zur Anwendung kommen. In diesem Fall nennt man die Anwendung eine analogische im Gegensatz zur directen. Die Subsumption — direct oder im Wege der Analogie — bildet den Beruf des Practikers. Dem Theoretiker fällt die Anordnung, Darstellung und geschichtliche Entwickelung des Rechts zu.

II. Rechtssätze als Gegenstand der Schlußfolgerung.

§. 6.

Man kann aus Rechtssätzen die Consequenzen ziehen, d. h. einen Rechtssatz auflösen in die einzelnen darin enthaltenen Rechtssätze. Um zu erkennen, ob ein Rechtssatz mehrere Rechtssätze enthält, bedarf es oft besonderer Kenntnisse, z. B. klarer ökonomischer Begriffe. Damit man aus manchen Rechtssätzen die Consequenzen ziehe, muß man wissen, daß Miethe Kauf ist, — daß die societas productiva einen Austausch von Werthen enthält [8]). Jene Consequenzen sind nicht zu verwechseln mit Schlüssen ex ratione legis. Durch Consequenz entstehen also keine neuen Rechtssätze, sondern die schon vorhandenen werden nur bloßgelegt. Umgekehrt kann man eine Anzahl von Rechtssätzen auf einen allgemeinen Satz zurückführen, aus dem sie eine logische Schlußfolgerung bilden. Z. B.

---

[8]) Nationalök. u. J. Heft II. S. 42.

läßt sich eine Reihe von Rechtssätzen als eine reine Consequenz des allgemeinen Satzes ansehen: „Niemand kann mehr zurückleisten, als er empfangen hat.“ Auch dies erfordert zuweilen besondere Kenntnisse; man muß z. B. wissen, daß alle Tauschverträge auf Leistung und Rückleistung gehen [9]). Man kann solche allgemeinen Sätze [10]), aus denen andere mit logischer Nothwendigkeit folgen, logische Principien nennen, im Gegensatz von Principien anderer Art.

III. Rechtssätze, betrachtet nach dem Gesetz der Causalität.

§. 7.

Man kann einen Rechtssatz als Wirkung einer Ursache ansehen. Diese Ursachen sind zweifacher Art. Sie können liegen:

1) in dem Drang der factischen Verhältnisse. So sind, wenn eine Staatsgesellschaft von dem Zustande wirthschaftlicher Isolirtheit zur Arbeitstheilung übergeht, eine Menge von Rechtssätzen eine unumgängliche Nothwendigkeit.

2) in der freien Entschließung des Gesetzgebers.

Wir unterscheiden daher für das Causalitätsverhältniß: Ursachen und Motive zu Rechtssätzen. Beides bezeichnen die römischen Juristen durch den Ausdruck ratio legis. Der Ausdruck ist sehr treffend, insofern er die in dem Gesetze liegende Vernunft, d. i. seine Zweckmäßigkeit, ausdrückt und das Gesetz als ein Product verstandesmäßiger Ueberlegung bezeichnet. Wollen sie einen Rechtssatz bloß nach seinem logischen Grunde (§. 6.) rechtfertigen, d. h. nach dem Satz des

---

9) Ebendas. Heft III. S. 42. 43. Heft IV. S. 28. ff.

10) Siehe unten §. 12.

Widerspruchs: so bedienen sie sich einer andern Ausdrucksweise, — in der Regel des Wortes **naturalis** oder **naturaliter**. **Naturalis** ratio [11]) bezeichnet den logischen Grund eines Gesetzes. Die Pflicht, eine grundlose Bereicherung herauszugeben, beruht auf einer bloß logischen Schlußfolgerung, weshalb sie von dem Schuldner sagen **naturaliter** debet [12]). Nicht immer ist der Rechtssatz das Product verstandesmäßiger Reflexion, sondern oft der Ausfluß eines rein sittlichen Gefühls. In diesen Fällen drücken die Römer das Motiv aus durch quia humanum est, quia bonae fidei consentiens est [13]) etc. Die Frage ist nun: Wie findet man die ratio legis, wenn sie im Gesetz nicht ausgedrückt ist. Wie die Aufgabe sich löst, ist oben ausführlich erörtert [14]).

Die Zurückführung jedes einzelnen Rechtssatzes auf seine ratio ist daher oft eine sehr schwierige Aufgabe, und wir dürfen geradezu behaupten, daß vielen Juristen die Befähigung zu dieser Arbeit zur Zeit noch abgeht. Dagegen ist es nicht gerechtfertigt, wenn **überhaupt** von dieser Arbeit abgemahnt wird, weil „durch solches Beginnen das Recht vollständig unsicher gemacht würde". **Unsicherer**, wie das Civilrecht gegenwärtig ist, kann es wohl schwerlich werden. Davon kann sich Jeder überzeugen, wenn er einen Blick in Bücher, wie v. Vangerow's Pandecten, wirft, wenn er sich vergegenwärtigt, daß man bereits genöthigt ist, Controversen-Lexica anzulegen und die Entscheidung von Streitfällen oft reine Geschmackssache des Richters ist. Gerade die herrschende Unsicherheit des Rechts kann nur

---

[11]) Gaj. II. §. 79.

[12]) L. 5. pr. D. d. auct. tutoris. (26. 8.)

[13]) L. 2. C. d. resc. vend. (4. 44.)

[14]) Siehe oben S. 5 ff.

dadurch beseitigt werden, daß wir uns ernstlich an die Auffindung der ratio, d. i. des Zweckes der Rechtssätze machen. Aber man bleibe von diesem Geschäfte weg, solange man sich nicht die nöthige Befähigung erworben hat; sonst wird, wie durch alle Quacksalberei, das Uebel verschlimmert. — Durch die Einsicht in den Zweck eines Rechtssatzes, — und nur dadurch wird man befähigt, den wahren Inhalt desselben in der oft mangelhaften Form des Ausdruckes zu erkennen, das heißt: nur dadurch werden wir befähigt zur Interpretation. Die ratio eines Rechtssatzes entscheidet über die Frage, ob die Worte, in denen er ausgedrückt ist, genügend oder ungenügend sind; — ob der aus den Worten sich ergebende Inhalt zu erweitern oder zu beschränken ist; — ob — wie man sich ausdrückt — extensiv oder restrictiv zu interpretiren ist. Es ergiebt sich ganz von selbst, daß, wenn die ratio trotz sorgfältigster Untersuchung zweifelhaft bleibt, die Worte des Rechtssatzes strenge beobachtet werden müssen. Dies ist die Regel: Im Zweifel (d. h. über die ratio) muß strict interpretirt werden. Man darf nur das als Inhalt des Rechtssatzes annehmen, was mit den Worten desselben bewiesen werden kann. Daß durch extensive Interpretation kein neuer Rechtssatz entsteht, bedarf keiner Bemerkung [15].

§. 8.

Wenn man durch mechanisches Vergleichen der Rechtssätze der Vergangenheit und Gegenwart findet, daß ein und dasselbe factische Verhältniß im Laufe der Zeit verschieden normirt ist, oder bei fortwährend gleicher factischer Voraussetzung die Norm

---

[15]) Die extensive Interpretation hat nur den Zweck, vollständig zu ermitteln, was der Gesetzgeber sagen wollte.

sich geändert hat: so kann man von den einzelnen successiven Veränderungen des Rechtssatzes die Gründe aufsuchen, sodaß sie als Wirkungen bestimmter Ursachen erscheinen. Durch solche Verkettung entsteht neben der äußern (§. 4.) eine innere Rechtsgeschichte. Eine solche, welche für die Juristen der Gegenwart eine reiche Quelle der Belehrung sein und daher einen unschätzbaren Werth haben würde, ist trotz der Schule, welche sich die historische nennt, ein noch ungelöstes Problem. Man begreift, daß die Lösung dieser Aufgabe dieselbe Befähigung erfordert, welche wir eben als die nothwendige Bedingung bezeichnet haben, um Rechtssätze auf ihre ratio zurückzuführen.

§. 9.

Rechtssätze lassen sich — was ihre Betrachtung nach dem Gesetz der Causalität betrifft — nicht bloß als Wirkungen bestimmter Ursachen, sondern auch wiederum als Ursachen bestimmter Wirkungen ansehen. Jeder Rechtssatz greift, wie ein gutes oder schlechtes Arznei-Mittel, in den Organismus der Gesellschaft ein, und hat gute oder schlechte Folgen. Auch diese lassen sich auffinden und zwar auf demselben Wege wie die Ursachen der Rechtssätze. Wäre dies unmöglich, so könnte es eine innere Rechtsgeschichte, wie solche im §. 8. näher characterisirt ist, nicht geben. Denn, um die successiven Veränderungen eines Gesetzes nach dem Gesetz der Causalität mit einander zu verknüpfen, muß ich von dem Gesetze in jeder der verschiedenen Gestalten, welche es im Laufe der Zeit angenommen hat, die Wirkungen auf den Organismus der Gesellschaft angeben können, um mir die erfolgte Aenderung erklären zu können. Denn die Aenderung hatte den Zweck, die mangelhafte Wirkung des Gesetzes in der bisherigen Gestalt zu vervollständigen oder — wenn sie eine üble war — zu beseitigen. Für das geltende Recht der

Gegenwart gelangt man auf diese Weise zur Kritik des Rechts und zu Vorschlägen für die Gesetzgebung.

§. 10.

Das fortgesetzte Vergleichen und Schließen, sei es, um sich über Identität, Verschiedenheit und Aehnlichkeit der Dinge oder über das Causalitäts-Verhältniß derselben klar zu werden, oder sie zu ordnen oder zu systematisiren, heißt Denken, und wenn Rechtssätze das Material bilden, juristisches Denken [16]). Hat das Letztere den Zweck, eine Rechtsfrage zu entscheiden: so nennt man es ein juristisches Raisonnement, und wenn dieses wieder den Zweck hat, Jemanden von der richtigen Entscheidung der Rechtsfrage zu überzeugen, eine juristische Deduction oder Rechtsdeduction [17]). Diese ist eine theoretische, wenn die entscheidende Rechtsfrage bloß gesetzt ist, — eine practische, wenn es sich um die Entscheidung einer wirklich in concreto vorliegenden Rechtsfrage handelt. Die Deductionen der Richter sind die Entscheidungs-Gründe der Erkenntnisse, die Deductionen der Anwälte bilden die rechtlichen Ausführungen in den Parteischriften.

§. 11.

Combination und Schlußfolgerungen können so erstaunlich rasch vor sich gehen, daß der Mensch selbst diese Gedankenkette nicht sofort durchschaut, und es ihm zuweilen scheint, als komme ein Gedanke von oben herab durch Inspiration. Solche blitz-

---

[16]) Der sog. „juristische" Verstand ist kein anderer, wie der Verstand überhaupt; dennoch meinen Viele, daß es Jemandem, wenn er gleich überhaupt Verstand habe, doch an juristischem Verstande mangeln könne.

[17]) Es giebt Rechtssätze (vgl. unten §. 17.), welche nicht weiter deducirt werden können; sie werden unmittelbar erkannt.

schnell entstandenen Resultate des Denkens, welche in der Volkssprache „Einfälle“ heißen, kann man *Ideen* nennen. Sie können, wie jedes Resultat des Denkens, wahr und falsch sein. Die Untersuchung, ob das Eine oder das Andere der Fall ist, besteht darin, daß man jene Kette von Schlußfolgerungen, deren Resultat die Idee war, aufsucht und sich zum Bewußtsein bringt. Die Ideen haben das Eigenthümliche, daß sie *unwillkührlich* entstehen. Die Idee ist daher der gerade Gegensatz gegen die Resultate, welche durch eine *absichtliche Untersuchung* entstehen. Man kann also auf zwei Wegen durch Schlußfolgerung auf eine Wahrheit kommen:

1) *man untersucht und findet*, oder
2) *man faßt eine Idee und untersucht dann ihre Richtigkeit.*

Im letzteren Fall hat man eine *Entdeckung* gemacht. Es ist hiernach klar, was *juristische* Ideen sind, — was eine juristische Entdeckung. Der Gedanke z. B., daß die Reception des römischen Rechts in Deutschland die naturnothwendige Folge plötzlicher Veränderungen der factischen Verhältnisse in Deutschland war, ist eine *juristische Idee*, und diese würde, falls ihre Wahrheit demonstrirt würde, eine *juristische Entdeckung* sein.

§. 12.

Mehrere Rechtssätze können ein und dasselbe practische Bedürfniß befriedigen, also denselben Zweck haben. Z. B. den Tauschverkehr, den Credit zu befördern. Durch die Auffindung dieses gemeinschaftlichen Zweckes gewinnt man einen Satz, den man Rechts*princip* nennen kann. Rechtssätze, welche durch ihren gemeinschaftlichen Zweck zusammengehalten werden, nennt man passend ein Rechts*institut*. Alle einzelnen dazu gehörigen

Rechtssätze folgen aus jenem Principe nach dem Satz vom Widerspruch, d. h. sie bilden logische Schlußfolgerungen aus diesem Principe [18]). Diese Principien des Civilrechts sind entweder ökonomische [19]), oder ethische. Mit anderen Worten: alle Rechtssätze haben entweder den Zweck, den Anforderungen der National-Oeconomie zu genügen oder der Moral. Die Anforderungen der Letzteren sind Humanität und Aequität. Die Rechtsprincipien, soweit sie Moralprincipien sind, lassen eine weitere Zergliederung nicht zu und theilen alle darauf basirenden Rechtssätze einfach in zwei Classen. Die Rechtsprincipien dagegen, soweit sie nationalökonomische Grundsätze enthalten, lassen sich zergliedern und umgekehrt zu höheren Principien vereinigen. Auf diese Weise vereinigen sich kleine Rechtsinstitute zu größeren und so fort.

§. 13.

Hat man von einem Rechtssatz das Princip gefunden, so kann man nach dem Satze des Widerspruchs weitere Sätze entwickeln und ist berechtigt sie als Rechtssätze zu behandeln, soweit dies nicht ausdrücklich untersagt ist. Der Rechtssatz z. B., daß der Mandatar rücksichtlich der ihm übergebenen Werthe dem Mandanten Rechnung abzulegen hat, beruht auf dem volkswirthschaftlichen Grundsatze, daß der Staat nach Möglichkeit alles Mißtrauen zu beseitigen hat, welches im Verkehr das

---

[18]) Vgl. oben Abhandlung I. Hier sind eine Menge von Rechtsinstituten genannt und eine Menge Rechtssätze angedeutet, welche durch ihren gemeinschaftlichen Zweck zusammengehalten werden und Consequenzen aus Einem Princip sind.

[19]) Es muß hier bemerkt werden, daß ein ökonomisches Princip verschieden ist von einem allgemeinen Satz, auf den man mit Hilfe ökonomischer Kenntnisse und Begriffe mehrere Rechtssätze zurückgeführt hat. Vgl. §. 6.

Anvertrauen von Werthen hindert, woraus der allgemeine Satz folgt: — daß Jedermann, der fremde Werthe empfängt, um daran oder damit Etwas vorzunehmen, Rechnung abzulegen hat, mithin auch der conductor operis [20]). Dies Verfahren nennt man Analogie. Geschieht hier die Schlußfolgerung, durch welche der neue Rechtssatz gefunden wird, aus dem nächsten Princip des Gesetzes, so nennt man dies Gesetzes-Analogie, — wird aus einem höheren Princip geschlossen, Rechts-Analogie. Man unterscheidet also bei der Anwendung eines Gesetzes die directe und die analogische. In dem eben genannten Beispiele wäre also die Pflicht des Mandatars zur Rechnungsablage analogisch auf den conductor operis ausgedehnt worden. Bei der analogischen Anwendung eines auf Moralprincip beruhenden Rechtssatzes, kann der Grund nur: quia aequum est, sein [21]). Diese im Wege der Analogie gefundenen Rechtssätze beruhen auf Deduction der Juristen. Es ergiebt sich also in Beihalt des oben (§. 6.) Gesagten, daß alles deducirte Recht zweierlei Art ist. Es besteht entweder:

1) aus rein analytischen Sätzen, wenn nämlich der deducirte Satz nichts Neues enthält. Z. B. alle Intercessionen der Frauenzimmer sind anfechtbar, folglich ist die Bürgschaft eines Frauenzimmers anfechtbar.

---

[20]) Es muß hier bemerkt werden, daß die analogische Anwendung eines auf ökonomischem Princip beruhenden Rechtssatzes verschieden ist von der bloßen Consequenz mit Hilfe nationalökonomischer Begriffe. Vgl. §. 6.

[21]) Der Rechtssatz z. B., daß der Verkäufer gegen laesio enormis geschützt ist, beruht ausdrücklich nur auf dem Grunde der Humanität (quia humanum est). Die analogische Anwendung desselben auf den Käufer würde daher geschehen müssen, quia aequum est. Es würde sonst ein Widerspruch vorliegen, den Jeder fühlen würde und den der Gesetzgeber auf keine Weise erklären könnte.

2) aus synthetischen Sätzen, wenn im Wege der Analogie verfahren wird, wo der deducirte Satz Etwas enthält, was in dem Rechtssatze, der analogisch angewandt wird, der also der Deduction zur Basis dient, nicht enthalten ist[22]).

§. 14.

Es ergiebt sich aus dem Bisherigen, daß die Sätze des Civilrechts auf ökonomischen, ethischen und logischen Gründen beruhen oder, was dasselbe heißt, — die Principien des Civilrechts dreierlei Art sind. Es giebt ferner noch Rechtssätze, die weder auf eine Ursache noch auf ein Motiv zurückzuführen sind, noch auf logischer Schlußfolgerung beruhen: — es sind Sätze der Mathematik in der Form von Rechtssätzen, welche also aus einem mathematischen Grunde absolut nothwendig sind. Sofern nämlich der Gesetzgeber über Dinge bestimmt, welche unter den Begriff der Quantität fallen, ist er an die allgemeinen Grundsätze der Mathematik gebunden. Es giebt Rechtssätze, welche Nichts weiter enthalten, als den Satz: Jede Größe ist sich selbst gleich. Dahin gehören alle diejenigen, welche ich oben in die Formel gefaßt habe: Niemand kann mehr zurückleisten, als er empfangen hat. Indessen ist es oft nicht ohne Schwierigkeit, von einzelnen Rechtssätzen nachzuweisen, daß sie bloße Schlußfolgerungen aus einem einfachen mathematischen Grundsatz sind[23]). Wir werden weiter unten im Kap. 2. finden, daß Rechte als Größen aufgefaßt werden und es Rechtssätze giebt, die sich über dies Größenverhältniß aussprechen; auch diese beruhen also auf einem mathemathischen Grunde. — Man sieht ferner, daß eine Vereinigung dieser vier Elemente unter

---

[22]) Aus diesem Grunde muß man das Juristenrecht allerdings als Rechtsquelle bezeichnen, was von Einzelnen, z. B. Kierulff, bestritten wird.

[23]) Vgl. Nat.-Oek. u. J. Heft IV. S. 28—39.

ein höheres Princip unmöglich ist, und insofern ein System des Civilrechts nicht hergestellt werden kann. Ein System ist nur insofern möglich, als Einer der vier Complexe systematisirt wird und die andern drei sich anschließen. Oben haben wir ferner nachgewiesen, warum nur der ökonomische Theil geeignet sei, den Stamm zu bilden und ausführlich erörtert, wie der Anschluß der drei anderen Complexe zu bewerkstelligen ist.

Kap. 2.

Die juristischen Begriffe.

I. Als Gegenstand des Vergleichens.

§. 15.

Indem man die juristischen Begriffe mit einander vergleicht, gelangt man dahin, ihre Grenzen genau zu bestimmen, und zu erkennen, ob der Begriff seine eigene abgesonderte Sphäre hat, oder, ob er ganz oder theilweise in die Sphäre eines andern Begriffs hineinfällt. So gelangt man zur Definition und Classification einmal der factischen Voraussetzungen der Rechtssätze und ferner der einzelnen Rechte. Dadurch werden indirect auch die Rechtssätze classificirt.

§. 16.

Recht ist die Möglichkeit eines Zwangs. Vergleicht man die einzelnen Rechte wieder miteinander, und untersucht, worin der Zwang besteht, so sondert sich eine Menge von Rechten aus, vermöge deren man Jemanden zwingen kann, einen Gegenstand zu geben oder zu lassen, der einen Werth hat. Wir erkennen also Rechte als ideelle Surrogate von Werthen

und fassen diesen gesammten Complex von Rechten unter dem Begriff Vermögensrechte zusammen. Das Object, dessen Surrogat das Recht ausmacht, wird als Rechts-Object bezeichnet. Die Rechtsobjecte sind, mit einander verglichen, entweder Sachen oder Productivdienste (d. h. Nutzung) von Capital oder Arbeit. Oft ist das unmittelbare Rechtsobject wiederum ein Recht, das aber schließlich doch in einem realen Werthe sein Aequivalent hat. Den Gegensatz der Vermögensrechte bilden diejenigen, deren Object keinen Werth hat. Dies sind die Rechte der Ehegatten gegen einander, der Eltern und Kinder und der Verwandten gegen einander, welche unter dem Ausdruck: „Familienrecht" zusammen gefaßt werden. Bei den Vermögensrechten entdecken wir ferner, daß sie bei demselben Object einen größeren oder kleineren Inhalt haben, d. h. mehr oder weniger Befugnisse enthalten; endlich, daß sie eine verschiedene Wirksamkeit haben. Es ergiebt sich, daß alle Vermögensrechte unter den Begriff der Größe, — Quantität fallen, und zwar in dreifacher Beziehung. Ihre Größe ist eine extensive, intensive und effective.

II. Als Gegenstand der Schlußfolgerung.

§. 17.

Wenn Rechte Größen sind: so sind sie den allgemeinen Grundsätzen der Mathematik unterworfen und können als Größen mit einander verglichen werden. Aus der Anwendung mathematischer Grundsätze auf die Rechte, entstehen Sätze, welche nothwendig Rechtssätze sind. Denn die Rechte sind Begriffe, welche aus Rechtssätzen abstrahirt sind; soweit sie also als Größen erscheinen, sind sie vom Gesetzgeber als solche aufge-

gefaßt, und damit sind die Consequenzen dieser Auffassung gebilligt [24]). — Vergleichen wir zunächst:

A. Die Rechte als Quantitäten untereinander:

1. als extensive Größen.

§. 18.

Wir finden, daß ein Recht seinem Object nach größer sein kann, wie ein anderes; z. B. eine Schuldforderung größer als eine andere. Insofern sich alle Objecte von Vermögensrechten in einem abstracten Werth ausdrücken lassen, wird die Betrachtung dieses Größenverhältnisses bei den verschiedensten Vermögensrechten möglich.

2. als intensive Größen.

§. 19.

Wenn wir den verschiedenen Inhalt der Vermögensrechte vergleichen: so sondert sich zunächst ein Complex von Rechten ab, welche sich auf das uti frui von Sachen beschränken. Es trennt sich das Recht der vollsten Disposition vom Nutzungsrecht und dieses spalte sich wieder, jenachdem die Nutzung mehr oder weniger ausgedehnt ist, namentlich in diejenigen Rechte, welche auf das bloße uti oder auf das frui gehen.

---

[24]) Es giebt also Rechtssätze, deren Geltung eine mathematische Nothwendigkeit ist; sie beruhen auf unmittelbarer Anschauung, wie die Sätze der Mathematik. Daraus folgt: 1) diese Sätze sind unfehlbar; es gilt also von ihnen nicht die Vorsichtsmaßregel, welche in l. 1. D. d. R. J. (50. 17.) für regulae juris aufgestellt ist; 2) das sog. Juristenrecht ist nicht bloß ein deducirtes, sondern auch ein intuitives. Vgl. oben §. 14. und §. 10.

3. als effective Größen.

§. 20.

Wir finden:

a) daß manche Rechte allgemein, andere nur gegen bestimmte Personen wirken, m. a. W., daß der Zwang gegen Jedermann oder nur gegen besondere Personen gerichtet ist. Indem die römischen Juristen die Rechte sich im Zustande der Verletzung denken und sie daher durch den Ausdruck actiones bezeichnen, drücken sie jenen Unterschied der Rechte aus durch actio in rem und actio in personam. Wenn bei der ersteren Classe das Object eine Sache ist, so nennt man die Rechte Sachenrechte und diese spalten sich nach ihrem Inhalt (§. 19.) in dominium und jus in re aliena und die letzteren wieder in: emphyteusis, superficies, servitus und pignus. So führt die mathematische Betrachtung der Vermögensrechte zu der Classification der Sachenrechte, die wir in allen Compendien des Civilrechts finden.

§. 21.

Wir finden:

b) daß mehrere Personen an derselben Sache dasselbe Recht (dem Inhalt nach) haben und diese Rechte sich nur ihrer Wirksamkeit nach von einander unterscheiden. So trennt sich: der Besitz, das publicianische Recht, das Eigenthum an der Sache. Der Eigenthümer treibt den bonae fidei possessor aus, dieser den bloßen possessor, dieser jeden Andern.

§. 22.

Wir finden ferner:

c) daß einzelnen Rechten die Klagbarkeit (actio) entzogen ist, und sie nur im Wege der Einrede (exceptio) geltend

gemacht werden können. Forderungsrechte der ersten Art nennen die Römer: obligationes naturales im Gegensatz von civiles.

§. 23.

Wir finden ferner:

d) Rechte, deren Wirksamkeit durch eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung suspendirt ist. Den Eintritt der Wirksamkeit des Rechts drücken die Römer aus durch: dies venit, im Gegensatz zur bloßen Existenz des Rechts: dies cedit. Die bloße Aussicht, ein Recht zu erwerben, heißt: jus futurum im Gegensatz von jus quaesitum.

§. 24.

Wir finden endlich:

e) Rechte, welche an ein bestimmtes Subject geknüpft sind, so daß sie auf keinen Andern übertragbar sind und mit dem Untergang des Subjects erlöschen. Dies ist allen Nutzungsrechten eigenthümlich, welche unter den Begriff der Servituten fallen. Das Subject kann sich hier durch das Eigenthum an einem Grundstück bestimmen. Dadurch trennen sich die Personal-Servituten (ususfructus, usus, habitatio und operae servorum) von den Prädialservituten. Neben diesen treten noch Realrechte hervor.

B. Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Mathematik auf die Vermögensrechte.

§. 25.

1. Jede Größe ist sich selbst gleich. a = a.

Dieser Satz lautet bei den römischen Juristen: Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet [25]). Ange-

---

[25]) L. 54. D. d. R. J. (50. 17.)

wandt auf das Verhältniß des Erblassers zum Erben: Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit [26]). Zum Legatar: Absurdum est plus juris habere, cui legatus sit fundus, quam heredem aut ipsum testatorem si viveret [27]). Angewandt ferner auf die Tradition des Eigenthums: Fundus transfertur cum servitutibus [28]). Angewandt endlich auf die Theorie der jura in re aliena, folgt der wichtige Satz: Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum. Endlich gehört auch der Rechtssatz hierher: — Plures eandem rem possidere non possunt. Denn der Jurist Paulus motivirt diesen Satz so: — non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. L. 3. §. 5. D. d. A. P. (41. 2.) Da vermöge eines besonderen Rechtssatzes der Eigenthumserwerb durch Occupation und Tradition den Besitzerwerb bedingt: so gilt consequenterweise auch der Satz: Duorum in solidum dominium esse non potest.

§. 26.

2. Das Ganze ist größer als der Theil.

Dies drückt der allgemeine Satz aus: Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere [29]); und: In eo quod plus sit, semper inest et minus [30]). Specielle Anwendungen: — Wer den ususfructus an einer Sache

---

[26]) L. 120. eod.

[27]) L. 160. §. 2. eod.

[28]) L. 20. D. d. A. R. D. (41. 1.)

[29]) L. 21. D. d. R. J. (50. 17.)

[30]) L. 110. eod.

hat, hat auch den usus; — wer den actus hat, hat nothwendig den iter.

Auf rein mathematischer Anschauung beruht die Theorie der jura in re, — die Möglichkeit verschiedener jura in re neben dem dominium an derselben Sache. Diese jura in re sind Theile des Eigenthums an der Sache, so daß die Summe der einzelnen jura in re mit den übrig bleibenden Befugnissen des Eigenthümers = dem vollen Eigenthum an der Sache ist. Die Theorie der jura in re beruht also auf der mathematischen Vorstellung des Ganzen zu seinen Theilen. Das volle Eigenthum ist intensiv größer, als die Emphyteuse, Superficies, Servitut und das Pfandrecht, — dies sind Sätze, welche darauf hinauslaufen, daß das Ganze größer ist als sein Theil. — Aus dieser Anschauung folgt weiter mit Nothwendigkeit der Rechtssatz: — daß der Eigenthümer, welcher eine Servitut an seiner Sache constituirt, dadurch von der Nutzung der Sache nicht ausgeschlossen wird. Ihm verbleiben dieselben Nutzungsbefugnisse, die der Servitut-Berechtigte hat, und er kann sie ausüben, soweit er dadurch die Servitut nicht beeinträchtigt [31]).

C. Aus der Eigenschaft der Vermögensrechte als Größen folgen nach dem Satze des Widerspruchs weitere Consequenzen.

§. 27.

1. Das Recht als Größe ist des Zuwachses und der Abminderung fähig, und zwar:

a) Extensiv, durch Zuwachs und Abminderung des Objects. Die Vergrößerung des Letzteren nennt man Accession. Für Grundstücke werden von den römischen Juristen als

---

[31]) L. 15. §. 1. D. d. usu. (7. 8.)

einzelne Fälle angeführt: Alluvio, avulsio, plantatio, inaedificatio, alvei mutatio. Für bewegliche Sachen die adferruminatio. So können mit dem Object das Eigenthum und die übrigen Sachenrechte, und ebenso auch Forderungsrechte wachsen. Betrachtet man das Object als abstracten Werth, so kann der Zuwachs durch die Steigerung des Marktwerths erfolgen. Beruht die Werthherhöhung in einer menschlichen Handlung: so heißt sie Melioration Dieser entspricht die Deterioration. Es ergiebt sich, daß mit dem Untergange des Objects das Recht erlischt. Und dem Untergange gleich steht die Unkenntlichkeit des Objects. Daher geht das Eigenthum am Gelde nothwendig unter, wenn es mit fremden Gelde vermischt wird.

b) intensiv, durch Zuwachs und Abminderung des Inhalts. So kann aus dem usus an einer Sache ein ususfructus werden. Das Eigenthum an einer Sache kann durch Constituirung von jura in re sich immer mehr verengern, und fast ganz zusammenschmelzen. Der Emphyteuse gegenüber zeigt sich der Inhalt des dominium nur noch in dem Heimfall des Grundstückes an den dominus und in dem Recht der Privation unter bestimmten Voraussetzungen. Das durch jura in re beschränkte dominium kann sich wieder bis zum vollen Eigenthum erweitern, das letztere ist aber eines Zuwachses intensiv nicht weiter fähig, weil es die vollste rechtliche Herrschaft über eine Sache enthält.

c) effectiv, durch Zuwachs oder Abminderung der Wirksamkeit. Es kann:

α) ein Pachtrecht sich umwandeln in einen ususfructus oder eine Emphyteuse, also die ursprüngliche actio in personam in eine actio in rem. Und umgekehrt:

β) der bloße Besitz kann sich verwandeln in das Publicianische Recht, dieses in das volle Eigenthum.

γ) Eine naturalis obligatio kann zur civilis werden. So durch Novation; ferner, wenn der, welcher das beneficium competentiae hat, zu Vermögen gelangt. Umgekehrt kann eine civilis obligatio sich zu einer naturalis verengern. So wenn der Schuldner das benef. compet. erlangt und nach Ansicht mancher Juristen, wenn eine Verjährung der Klage eingetreten ist.

δ) Ein bedingtes oder betagtes Recht kann ein pures werden und umgekehrt.

§. 28.

Ein gemeinsamer oder vielmehr allgemeiner Maßstab für die Größe der Vermögensrechte ist der Werth [32]). Dieser wird nicht bloß bestimmt durch das Rechtsobject, sondern auch durch den Inhalt und die Wirksamkeit des Rechts. Der bloße Besitz, obgleich er dem Object nach vom Publicianischen Recht und dem Eigenthum nicht verschieden ist, ist dennoch werthlos [33]), oder hat doch stets einen geringeren Werth wie diese beiden Rechte. Andererseits ist der Werth des Eigenthums wieder größer, wie der des Publicianischen Rechts. Es ergiebt sich, daß der Werth eines Vermögensrechts ganz verschieden ist vom Werthe des Rechtsobjects. Wo das Recht noch einer Realisirung bedarf, wie bei allen Forderungsrechten, ist der Werth des Rechts stets kleiner, wie der des Objects. Die römischen Juristen drücken dies durch den Satz aus: Minus est actionem quam rem habere. Es ergiebt sich weiter, daß ein Vermögensrecht als Werth eines Zuwachses und einer Abminderung fähig ist, ohne daß eine Werthänderung des Objects oder eine Aenderung am Inhalt oder der Wirksamkeit des Rechts eintritt.

---

[32]) Dieser Begriff setzt die Erfindung des Geldes voraus.

[33]) Vgl. Brinz. Pand. S. 653 ff.

So bei Rechten, welche Gegenstand des Handelsverkehrs, also Waare sind, insofern die Waare ihren Werth nach dem Verhältniß von Angebot und Nachfrage ändert. — Insofern alle Vermögensrechte sich als abstracte Werthe ausdrücken lassen, können die verschiedensten Rechte mit einander verglichen und gegen einander compensirt werden. Daher heißt es in l. 14. pr. C. d. compens. (4. 31.): Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.

§. 29.

Eine weitere Consequenz aus der Eigenschaft eines Rechts als Größe ist:

2. die Theilbarkeit des Rechts. Die Theile lassen sich durch eine Zahl nur ausdrücken, wenn der Gegenstand des Rechts eine Vielheit von res corporales ist oder zwar eine einzelne Sache, welche sich aber als eine Vielheit von Einheiten (nach Maß oder Gewicht) auffassen, und somit unter den Begriff einer Zahl bringen läßt [34]). Untheilbar würden demnach alle Rechte sein, deren unmittelbarer oder mittelbarer Gegenstand a) eine res corporalis ist, die sich nicht als Vielheit von Maß- oder Gewichts-Einheiten auffassen läßt oder b) immaterieller Natur ist, also in den Productivdiensten einer Sache oder einer Arbeitskraft besteht. Mithin alle jura in re und alle Forderungsrechte, welche auf das uti frui einer Sache oder einer Arbeitskraft gehen.

---

[34]) Grundstücke sind Körper (Pyramiden); sie werden aber practisch als Flächen aufgefaßt, durch Flächenmaß bestimmt und so auf Zahlen gebracht.

§. 30.

Allein es giebt (ad §. 29b) Fälle, in denen eine Theilung der Sache eine Theilung ihrer Nutzungen enthält. Dadurch kann unter Umständen das oben gedachte Hinderniß der Theilbarkeit wegfallen bei der emphyteusis, der superficies, und dem ususfructus, auch beim Pfandrecht. Ebenso bei Pachtrechten. Sie bleiben aber relativ untheilbar [35]). Absolut untheilbar blieben aber von den Rechten mit immateriellen Objecten immer noch: die Servituten, mit Ausnahme des ususfructus [36]). Ferner Mieth- oder Pachtrechte, wenn die Theilung der res locata keine Theilung der Nutzungen enthalten würde; endlich alle Nutzungsrechte, deren Gegenstand die Arbeitskraft eines Menschen ist, mögen es Servituten oder Forderungsrechte sein [37]).

§. 31.

Der „Werth" bringt jedes Vermögens-Recht auf eine Zahl, welcher Art das Rechtsobject auch sein möge. Dadurch werden alle Vermögensrechte theilbar, vorausgesetzt, daß sie tauschfähig, also übertragbar sind. Insofern werden also auch 1) res corporales, die sich nicht als Vielheit von Maß- oder Gewichtseinheiten auffassen lassen (§. 29a), theilbar; ferner fällt 2) für die Prädialservituten die absolute Untheilbarkeit (§. 30) weg, da sie in und mit dem praed. dominans übertragbar sind, ihr Werth also besonders berechnet werden

---

35) Der ager vectigalis ist aus einem besonderen Grunde für absolut untheilbar erklärt. L. 7. pr. D. Commun. div. (10. 3.): Vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum; magis autem debet judex abstinere hujusmodi divisione; alioquin „praestatio vectigalis confundetur."

36) Vgl. jedoch unten §. 31. und cit. l. 7. D. Comm. divid. (10. 3.)

37) Puchta Pand. §. 222.

kann. Untheilbar auch dem Werthe nach würden nur die Personalservituten bleiben. Somit auch der ususfructus [38]); allein wenn auch das jus fruendi hier untheilbar ist: so kann doch eine Theilung der Nutzung, — weil sie übertragbar ist — stattfinden. Dies ist beim usus nicht der Fall, weil die Nutzung hier ganz auf das individuelle Bedürfniß des Berechtigten beschränkt ist; allein für die Frage der Theilbarkeit haben die römischen Juristen das Moment ignorirt. Wo mehreren Personen ein gemeinschaftlicher usus an einer Sache zugewendet ist, tariren die Römer die Nutzung (als sei das Recht ein ususfructus) und theilen sie dem Werthe nach [39]).

§. 32.

3. Man kann eine Größe und folgeweise, auch ein Vermögensrecht, = 1 setzen, d. h. als eine Summe von Theilen auffassen, welche zusammen = 1 sind. Dadurch wird eine Theilbarkeit für Vermögensrechte möglich, welche rein ideal ist, im Gegensatz zu der realen Theilbarkeit des Rechts (dem Objecte oder dem Werthe nach). Die römischen Juristen drücken das rein Ideale dieser Theilung aus durch juris intellectu. Durch diese Theilungsart entsteht der Begriff einer res communis, ferner des Mitbesitzes und des Miteigenthums nach intellectuellen Theilen oder Quoten. Endlich Forderungsrechte, deren Gegenstand ein quoter Theil einer Sache ist.

§. 33.

4. Es folgt weiter, daß man mehrere Rechte, also auch ein ganzes Vermögen = 1 setzen und nach Quoten theilen kann. Eine

---

[38]) Dessen, wenigstens relative, Theilbarkeit sonst möglich war. (§. 30.)

[39]) L. 10. §. 1. D. Communi div. (10. 3.)

solche Einheit nennen die römischen Juristen „universitas". Eine solche bildet bei den Römern stets der Nachlaß eines Verstorbenen, — die hereditas; der Erwerb der Erbschaft ist daher die Successio in eine Einheit, weshalb sie succ. per universitatem heißt, — und geschieht, weil die Einheit etwas ganz ideales ist, nothwendiger Weise durch eine bloße Willenserklärung. — Der Universalsuccession gegenüber steht die Singular-Succession, welche, weil eben die hereditas eine abstracte Einheit ist, also nicht nothwendig alle Erbschafts-Gegenstände begreift, sehr wohl für einzelne Objecte neben jener bestehen kann. Ein besonderer Grundsatz der Römer ist es, daß, wenn mehrere Erben auch nach Quoten eingesetzt werden, und später die Erbschaft nach diesen Quoten realiter theilen, doch sowohl für die testamentarische Verfügung als für den Eintritt der Erben in den Nachlaß, dieser als eine geschlossene Einheit behandelt wird. Daraus folgen zwei wichtige Sätze: 1) nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest; 2) wenn ein Miterbe nicht erben kann oder will, so accrescirt seine Portion dem andern Erben ipso jure [40]).

III. Juristische Begriffe nach dem Gesetz der Causalität betrachtet.

§. 34.

Rechtsbegriffe sind Abstractionen aus Rechtssätzen. Der Grund, weshalb sie gebildet worden sind, ist oben angegeben. Es ist daher, strenge genommen, unmöglich, Rechtsbegriffe, also auch Rechte und das Recht (Befugniß) überhaupt (als das

---

[40]) Puchta Pand. §. 505.

höchste Abstractum der einzelnen Rechte), weiter nach dem Causalitäts-Gesetz zu betrachten. Aber man hat die rein ideale Natur der Rechte und des Rechts vergessen und sie sich als etwas wirklich Seiendes gedacht. Man hat ignorirt, daß die einzelnen Rechte Nichts seien, als Rechenpfennige, welche der Verstand sich construirt hat, und sie als etwas Reales aufgefaßt. Auf diesem Standpunct angelangt, fragte man natürlich nach Ursache und Wirkung der Rechte und des Rechts im Allgemeinen. Anstatt die Bedingungen der Rechte, d. h. des Zwangs, den Rechtssätze vorschreiben, zu untersuchen, sprach man von Entstehung und Untergang von Rechten, und des Rechts überhaupt; da ferner jedes Ding, das seine Ursache haben muß, auch wiederum als Ursache von Wirkungen zu betrachten ist, — so gab es, um die Auffassung für Rechte durchzuführen, keinen andern Weg, als die Klagbarkeit, welche ja eigentlich das ganze Recht ausmacht (wie denn auch die Römer Recht und actio identisch gebrauchen), von dem Rechte abzulösen und als Wirkung des Rechts zu betrachten. So finden wir denn in den Compendien des Civilrechts die Aufzählung der Rechte (Eigenthum, Servitut u. s. w.), — dann von jedem eine Definition, die nie genau passen will, weil es von den Rechten nur eine approximative Beschreibung geben kann: dann die Entstehungs- und Endigungsgründe, dann den Schutz durch Klage und Einrede. Die einzelnen Rechte faßte man ferner zusammen und bildete daraus das höchste Abstractum des Rechts (Befugniß) überhaupt und machte damit denselben Turnus durch. So gelangte man zu dem allgemeinen Theil des Civilrechts, den Niemand verstehen konnte, wenn er nicht den speciellen Theil kannte, der aber stets zuerst vorgetragen wird, weil man meint, man müsse stets vom Allgemeinen zum Besondern übergehen.

Die Thorheit ist kaum zu begreifen. Der Weg der Natur ist vom Speciellen und Concreten zum Allgemeinen und Abstracten überzugehen. Denn alle abstracten Begriffe enthalten Theilvorstellungen vom Concreten, — und wie kann ich mir den Theil vorstellen, ohne vom Ganzen eine Vorstellung zu haben. Es ist dies für die Jurisprudenz eine traurige Folge Hegel'scher Philosophie, welche Abstracta für Realitäten hält, d. h. Papiergeld für klingende Münze! — Nachdem man, wie oben gesagt, die actio vom Recht abgetrennt und wieder als besonderes Recht aufgefaßt hatte, untersuchte man wieder die Entstehungs- und Endigungsgründe der Klagerechte und des Klagerechts überhaupt und gelangte natürlich, da jede Thorheit nothwendig andere Thorheiten gebähren muß, zu dem Unsinn: daß eine Klage verjährt sein könne, während das Recht bei Bestand geblieben.

§. 35.

Da die Rechte als abstracte Begriffe sich nicht nach dem Gesetz der Causalität betrachten lassen (§. 34), so können aus ihnen Sätze nur gebildet werden, insofern man sie als Größen auffaßt (§. 16—33). Die Richtigkeit dieser Sätze beruht also auf einem mathematischen Grunde. Man kann also die Rechte an sich, d. h. insofern sie nicht als bloße Repräsentanten von Rechtssätzen betrachtet werden, nur ordnen als Größen, d. h. nach mathematischen Principien. Da nun aber nicht alle Privatrechte sich als Größen betrachten lassen, sondern nur die Vermögensrechte, da ferner innerhalb dieses Gebiets eine Menge von Rechtssätzen nicht auf mathematischen Principien beruht: so ergiebt sich, daß ein System von Rechten, nie ein System des Civilrechts sein kann.

§. 36.

Unsere Compendien des Civilrechts sind Systeme von Rechten und wollen sein ein System des Civilrechts. Darin liegt ein Widerspruch. Es folgt daraus von selbst, daß in ihnen nur in demjenigen Theile Uebereinstimmung herrscht, der auf mathematischen Principien beruht; — im Uebrigen aber, weil man eben principienlos ist, herrscht die größte Verschiedenheit und die größte Willkühr.

§. 37.

Die Aufgabe unserer Jurisprudenz ist: — das System von Rechten fahren zu lassen und ein System von Rechtssätzen nach ökonomischen, ethischen und logischen Principien zu geben. Dabei kann man die auf Abstraction beruhenden Rechtsbegriffe als gute Hilfsmittel fürs Gedächtniß stehen lassen, und die nach mathematischen Principien aus ihnen gebildeten Sätze, insofern sie selbst Rechtssätze sind, dem übrigen System in passender Weise, d. h. nach dem Gesetze der Ideenassociation, anschließen.

§. 38.

Unser deutsches Civilrecht trennt sich, in Vorträgen und Büchern, in das römische und deutsche Privatrecht. Eine Vereinigung beider Disciplinen zu Einem System wird noch immer für unmöglich gehalten. Zunächst findet diese Unmöglichkeit wirklich nur in dem Theile statt, der auf ökonomischen Principien beruht. Diese Verschiedenheit des deutschen und des justinianischen Rechts beruht darauf, daß das Mittelalter eines jeden Volks von ganz andern volkswirthschaftlichen Principien

beherrscht wird, wie die spätere Zeit der Civilisation. Daraus folgt, aber daß die Nationalökonomik den allgemeinen Gedanken bietet, durch den jene heterogenen Rechtscomplexe zusammengehalten werden [41]).

---

[41]) National.-Oek. u. J. Heft I. S. 10.

II.

Natur und Recht. Gewohnheit und Gewohnheitsrecht.

§. 1.

Es scheint, als sei der Mensch im Zustande der Vereinzelung im vollen Genuß dessen, was wir Freiheit nennen. Allein diese Freiheit ist nur insoweit vorhanden, als er unabhängig von Menschen ist. Der isolirte Mensch ist unfrei, und zwar gerade durch seine Isolirtheit, — gegenüber den rohen Kräften der Natur, welche ihn fortwährend zu überwältigen drohen und gegen welche er den Kampf auf die Dauer nicht aushält. Die Vereinigung der Menschen zur Gesellschaft enthebt den Einzelnen allmählig dieser Sclaverei und entreißt ihn den tausend Gefahren, denen er unaufhörlich ausgesetzt ist. Die Gesellschaft überwältigt die rohen Kräfte der Natur, indem sie mit vereinter Anstrengung Einrichtungen trifft, welche gegen sie schützen und macht sie sich dienstbar, indem sie ihnen eine Richtung giebt, in welcher sie die Lage der Gesellschaft verbessern. Der isolirte Mensch, ein Sclave der Natur, macht als Glied einer Gesellschaft die Natur zur Sclavin. Die Unterwerfung der Naturkräfte ist Civilisation; der erste Schritt ist also die Vereinigung der Menschen zur Gesellschaft.

§. 2.

Es ist eine müssige Frage, ob der Mensch zum geselligen Leben bestimmt sei. Es läßt sich weder behaupten, daß er einen Trieb zur Geselligkeit, noch, daß er einen Trieb zur Isolirtheit habe. Ob er in dem einen oder dem andern Zustande lebe und daran Gefallen finde, hängt von Umständen ab. Die Vereinigung der Menschen kann und ist durch verschiedene Veranlassungen geschehen. Daß die Gesellschaft, wenn sie einmal entstanden ist, fortbesteht, beruht auf einem Naturgesetz. Es ist dies das Gesetz der Attraction, welche der Grund und Boden, auf welchem man lange gelebt, die Menschen, mit denen man lange verkehrt hat, ausübt. Heimweh und Vaterlandsliebe sind Ausdrücke, mit denen man die Wirkungen dieses Gesetzes bezeichnet.

§. 3.

Das gesellschaftliche Leben erfordert nothwendig eine Beschränkung der individuellen Freiheit des Einzelnen. Die Gesellschaft kann nicht bestehen, sie löst sich nothwendig in ein bellum omnium contra omnes auf, wenn Jeder seinen natürlichen Trieben und seiner eigenthümlichen Gemüthsrichtung zügellos nachgeht, und nur das gelten lassen will, was seine subjective Reflexion als richtig und gut anerkennt. Aber der Mensch gewinnt als Glied der Gesellschaft bei Weitem mehr an Freiheit als er opfert. Der Unterthan eines absoluten Despoten in einem civilisirten Staate ist unendlich viel freier, wie der Einsiedler im Urwald.

§. 4.

Die nothwendige Beschränkung der individuellen Freiheit, welche durch den Willen der Gesellschaft dem Einzelnen auf-

erlegt wird, bildet den Begriff des Rechts. Natur und Recht sind Gegensätze, die sich einander ausschließen. Es ist daher sehr unrichtig eit ,wo sin einem Staate der natürlichen Freiheit des Einzelnen Spielraum gelassen ist, von einem Naturrecht zu reden; denn alles Recht ist menschliche Satzung, oder, wie man es auszudrücken pflegt, alles Recht ist positiv. Es giebt also z. B. kein Recht der Selbsthilfe, sondern einen natürlichen Trieb im Menschen, gegen erlittene Verletzungen zu reagiren, welcher durch das Recht beschränkt ist; es giebt kein Recht der Ehe, sondern nur rechtliche Beschränkungen des natürlichen Geschlechtstriebes; es giebt kein Recht der Disposition des Vaters über seine Kinder, sondern nur rechtliche Beschränkungen derselben. Freilich kann man sich denken, daß das Recht, indem es die natürliche Freiheit einschränkt, diese in einem gewissen Maße bestehen läßt und anerkennt, und dann sagen, der Mensch sei zu dem, was ihm an Freiheit geblieben ist, berechtigt. Diese Vorstellung finden wir bei den römischen Juristen, welche den Complex solcher sogenannten Rechtssätze unter dem Namen jus naturae zusammenfassen. Allein diese Vorstellung paßt nur für despotisch regierte Völker, wo der Einzelne an sich für vollkommen unfrei gilt und alle Freiheit, welche ihm gelassen wird, von der Gnade des Despoten abhängt, also im positiven Recht beruht. Bei uns giebt es kein Naturrecht, von dem man sagen könnte: natura omnia animalia docuit, sondern eine natürliche Freiheit, welche durch den Willen des Staats — freilich stellenweise bedeutend — beschränkt ist. Wie der Ausdruck „Naturrecht" bei uns ein Widerspruch in sich ist, so ist der Ausdruck „positives Recht" ein Pleonasmus, weil es kein Recht giebt, das nicht positiv wäre.

§. 5.

Nach dem Gesagten zerfallen alle Rechtssätze nothwendig in soviel Classen, als die menschliche Natur Neigungen hat, zum Thun und zum Unterlassen. Worin die letzteren bestehen, lehrt die Naturwissenschaft, d. h. hier die Psychologie.

§. 6.

Die gesammten Functionen der Seele zerfallen in drei große Gruppen: den Verstand, das Gemüth und die thierischen Triebe. Ebenso muß daher das gesammte Recht in drei große Gruppen von Rechtssätzen zerfallen: die Beschränkungen der natürlichen Freiheit des Verstandes, des Gefühls und der thierischen Triebe.

§. 7.

I. Der Verstand wird thätig durch Lernen, Denken (das heißt: Vergleichen und Schließen) und Mittheilung der Gedanken. Die Denkfreiheit kann durch positive Satzungen nicht beschränkt werden[42]), wohl aber das Lernen und die Mittheilung der Gedanken. Hierher gehören in einzelnen Staaten die auf Volksverdummung berechneten Verordnungen, die Einschränkung der Lehr- und Preßfreiheit.

Wer ein schwaches Auffassungsvermögen hat, hat keine Lust zum Lernen; es können ferner in dem Menschen die thierischen Neigungen in einem so starken Grade entwickelt sein und so prädominiren, daß sie den Menschen vollständig in Anspruch nehmen und eine Abneigung gegen das Lernen erzeugen. Wir können dies täglich an Kindern bemerken, besonders an Knaben,

---

[42]) Daher das Sprichwort: — Gedanken sind zollfrei.

welche eben in die Periode der sich entwickelnden Pubertät eintreten, ja noch an der studirenden Jugend auf den Universitäten. Solche Menschen haben die Neigung, lieber etwas Anderes zu thun, als zu lernen. Auch diese ihre natürliche Freiheit kann beschränkt werden durch positive Satzung. Hierher gehören die Verordnungen betreffend den Schulzwang und den Zwang zum Collegien-Besuch.

§. 8.

II. Das Gefühl[43]) kann das Motiv zu Handlungen werden und ist insofern einer Beschränkung durch das Recht fähig. Es kann z. B. das jedem Menschen, wenn auch Manchem nur in einem schwachen Grade, angeborene Wohlwollen das Motiv zu Schenkungen und Vermächtnissen sein und das Recht kann beide in einem gewissen Grade beschränken. Das römische Recht hat mehrfache Beschränkungen dieser Art.

Eine Gefühlsseite im Menschen kann schwach entwickelt sein und dadurch der Grund zur Unterlassung einer Handlung werden, das positive Recht dagegen zur Vornahme dieser Handlung zwingen. Der Kalte und Theilnahmlose weist den Armen zurück; das positive Recht nöthigt ihn zu Armenbeiträgen.

§. 9.

III. Ebenso ist es mit den thierischen Neigungen (Trieben, Leidenschaften). So weit sie stark entwickelt sind, werden sie den Menschen zur Thätigkeit drängen: das positive Recht kann hier in einem gewissen Grade zur Unthätigkeit zwingen, z. B.

---

[43]) Man faßt die ganze Gefühlsseite im menschlichen Seelenleben, d. h. sämmtliche Gefühlsorgane, in dem Ausdruck „Gemüth" zusammen.

zur Unterlassung des Beischlafs, der Völlerei, des übermäßigen Zutrinkens, des Zweikampfes, der Selbsthilfe gegen erlittenes Unrecht u. s. w. Soweit sie schwach entwickelt sind, werden sie den Menschen unthätig lassen. Das positive Recht kann hier zur Thätigkeit zwingen, z. B. den Ehemann zum Beischlaf, den Vater zur Sorge für sein Kind, den Bürger zur Vaterlandsvertheidigung; es kann den Menschen nöthigen zur Verschwiegenheit, zur Reaction gegen erlittene Beleidigungen, ja zum Essen und Trinken [44]).

§. 10.

Das Recht, welches lediglich des öffentlichen Wohles wegen besteht, beruht von Anfang an auf Reflexion; es bezweckt die Herrschaft des Verstandes über die menschlichen Leidenschaften und Gefühle, d. h. es will die natürliche Freiheit zur vernünftigen [45]) Freiheit machen. Es verhält sich mit den Satzungen des positiven Rechts im Staate, wie mit den Normen, welche ein einzelner Mensch sich selbst vorschreibt.

---

[44]) Z. B. gegen den, welcher die entschiedene Absicht an den Tag gelegt hat, sich durch Entziehung der Nahrungsmittel zu entleiben.

[45]) Verstand und Vernunft bezeichnen an sich dasselbe. Aber man nennt den Verstand Vernunft, wenn er als Regulator des menschlichen Gemüths und der Triebe auftritt. So spricht man denn auch von einem vernünftigen und unvernünftigen Wohlwollen, einem vernünftigen und unvernünftigen Selbstgefühl, einer vernünftigen und unvernünftigen Kindesliebe u. s. w. Insofern im Thiere eine solche Regulirung seiner Gefühle oder seiner Triebe nicht stattfindet, nennt man es eben ein unvernünftiges Wesen. Weil alles Recht auf Reflexion beruht, kann es in der Thierwelt kein Recht geben; es existirt also auch aus diesem Grunde kein jus, quod natura omnia animalia docuit. Die Beschränkung des einzelnen Individuums, welche wir in einem Bienenkorbe und in einem Ameisenhaufen erblicken, beruht nicht auf Reflexion. Es ist als erwiesen zu betrachten, daß die wunderbare Ordnung, welche wir hier bemerken, auf einem bloßen Drange der Natur beruht, den wir Instinct zu nennen pflegen.

Auch der einzelne Mensch ist ein Organismus, wie eine Staatsgesellschaft; ja! alle Staatsgesellschaften sind Nichts als Nachbildungen des menschlichen Organismus. Auch sein Glück erfordert, daß er durch Autonomie im eigentlichen Sinne des Worts seine natürliche Freiheit beschränkt und zur vernünftigen Freiheit macht; auch hier ist jeder autonomische Satz das Product der Reflexion.

§. 11.

Das Gebiet des Rechts ist nur das der Leidenschaften und der Gefühle; nur der Despotismus strebt nach einer Einengung des Verstandes.

§. 12.

Ein Rechtssatz enthält den Willen der Gesellschaft im Gegensatz zum Einzelwillen. Der Wille des Staats kann ausdrücklich erklärt und als Norm gesetzt sein. Solche Rechtsvorschriften heißen Gesetze; nur die Requisite eines giltigen Gesetzes können je nach der verschiedenen Verfassung in den einzelnen Staaten verschieden sein. Der Wille des Staats kann aber auch stillschweigend erklärt werden und ist dann nur an dem gleichmäßigen Verhalten der Gesellschaft unter denselben factischen Verhältnissen erkennbar. Hoc jus, sagt Paulus, in tantum comprobatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere [46]). Ein solcher Rechtssatz, den sich das Volk stillschweigend setzt und fortwährend befolgt, ist von den Juristen Gewohnheitsrecht genannt worden [47]). Sehr unpassend:

---

[46]) L. 36. D. d. legg. (1. 3.)

[47]) Die Veranlassung dazu ist durch den römischen Ausdruck consuetudo und die Identificirung dieses Begriffs mit dem, was wir „Gewohnheit" nennen, entstanden. Siehe unten Note 51. Die Römer bezeichneten die

denn die auf dem stillschweigenden Willen des Volks beruhenden Rechtssätze sind weder aus einer Gewohnheit hervorgegangen, noch fällt das gleichmäßige Verhalten, worin sich der Rechtssatz manifestirt, unter den Begriff der Gewohnheit. Alles Recht beruht auf Reflexion und kein positiver Rechtssatz kann durch Gewohnheit entstehen; andererseits kann nicht jedes gleichmäßige Verhalten mit dem Ausdruck „Gewohnheit" bezeichnet werden.

§. 13.

Weil alles Recht auf Reflexion beruht und einen für die Gesellschaft nützlichen Zweck erreichen soll, so herrscht nothwendig rücksichtlich des Gesetzes in dem Gesetzgeber und rücksichtlich der Normen, die das Volk stillschweigend sich setzt [48]), im Volke das Bewußtsein der Nothwendigkeit oder, besser ausgedrückt, die Ueberzeugung der Zweckmäßigkeit.

§. 14.

Das Recht überschreitet seine Grenzen, wenn es die individuelle Freiheit weiter beschränkt, als das öffentliche Wohl dies

---

stillschweigende Uebereinkunft im Volke als eine species der consuetudo; so Hermogenian: — quae longa consuetudine comprobata sunt — — veluti tacita civium conventio. Dies ist bei unserem engeren Begriff „Gewohnheit" nicht möglich.

[48]) Vgl. cit. l. 36. D. d. legg. (l. 3.): Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id conprehendere. In diesen Worten sagt also Paulus ausdrücklich, daß auch das auf longa consuetudo basirte Recht auf Reflexion beruht, — daß die Zweckmäßigkeit, welche durch solche Rechtssätze erreicht werden soll, so evident vorliegt, daß man es für inept halten würde, dieserhalb ein specielles Gesetz zu erlassen. Es leuchtet von selbst ein, daß hier — wie bei jeder Reflexion — ein Irrthum obwalten kann. Non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, sagen die Römer. L. 39. eod.

verlangt: — es wird ein unvernünftiges Recht und die Unvernunft erreicht den höchsten Grad, wenn der positive Rechtssatz ein Naturgesetz vollständig zu beseitigen strebt. Anstatt das Glück der Gesellschaft zu fördern, wird es zur Volksquälerei. Die stillschweigenden Satzungen des Volks, welche man unter dem Ausdruck Gewohnheitsrecht zusammengefaßt hat, werden nie solche Unvernunft enthalten [49]); denn das Volk ist stets geneigt, sich die natürliche Freiheit möglichst zu conserviren und legt sich eine Beschränkung nur dann auf, wenn dies absolut nothwendig ist. Wohl aber kann dies geschehen auf dem Gebiete der Gesetzgebung und beruht dann auf Irrthum oder Willkühr des Gesetzgebers. Eine eigenthümliche Quelle unvernünftiger Gesetze liegt in dem Bestreben mancher Legislatoren, Moralprincipien, welche an sich richtig sind, ohne Rücksicht auf die vorhandenen Zustände des Volks zu Rechts-Grundsätzen zu machen [50]). Dergleichen Ordonnanzen haben sofort eine heftige Reaction des Naturgesetzes zur Folge. Sie wirken auf den Staatskörper, wie ein Brechmittel. Es wird dem Einzelnen unmöglich, dem Drange der Natur zu widerstehen; das Gesetz wird nicht befolgt; die Volksquälerei dauert längere oder kürzere Zeit und das Gesetz wird in aller Friedlichkeit vergessen oder die Natur fordert durch eine gewaltsame Explosion ihre Rechte. „Naturam furca expellas, tamen usque recurret."

§. 15.

Jede durch fortgesetzte Uebung bis zu einem so hohen Grade gesteigerte Geisteskraft, daß der Mensch sich ohne allen äußeren

---

49) Vgl. cit. l. 36.

50) Es ist nicht zu billigen, in Staaten, wo die einmal bestehende gesellschaftliche Ordnung für viele Menschen die Ehe erschwert oder unmöglich macht, harte Strafen auf das Stuprum zu setzen.

Reiz fortwährend gedrungen fühlt, diese Kraft anzuwenden, heißt Gewohnheit [51]). So können thierische Triebe zur Gewohnheit werden. Es ist eine bekannte und unbezweifelte Thatsache, daß der fortgesetzte Geschlechtsumgang die Geschlechtslust steigert. Der Beischlaf wird daher den Ehegatten zur Gewohnheit. Der wildeste Junggeselle ist in Bezug auf Geschlechtsumgang mäßiger, als der solideste Ehemann. Nicht weniger ausgemacht ist es, daß die Liebe zur Jugend [52]), die Neigung zum Essen, die Streitlust, der Erwerbstrieb, heimliches Wesen, durch fortgesetzte Uebung gesteigert und zur Gewohnheit wird. Ja, die Geschichte hat eine ganze Reihe von Menschen aufzuweisen, denen die Grausamkeit zum Bedürfniß geworden war [53]). Grausame Naturen, denen das Schicksal die physische Macht versagt hat, ihrer Gewohnheit nachzugehen, bedienen sich anderer Waffen, um ihren Mitmenschen Schmerz zu bereiten. Eine solche Waffe ist namentlich die Satire oder richtiger der Witz; denn die Satire ist der zerstörende Witz. Der gemeine Sprachgebrauch hat für solche Gewohnheitsmenschen sehr natürlich besondere Ausdrücke, z. B. Kindernarren, Vielfraße, Raufbolde (für Wortgefechte: Stänker), Geizhälse, Tyrannen, in specie Haus-Tyrannen u. a. m. Die thierischen Triebe, zur Gewohnheit geworden, erzeugen, weil sie die Harmonie des Seelen-

---

[51]) Der römische Ausdruck consuetudo ist weiter. Dieser bezeichnet auch, was Jemand unter bestimmten Voraussetzungen nach reiflicher Erwägung zu thun pflegt, also das Handeln nach einem auf Reflexion beruhendem Princip; vgl. z. B. L. 50. D. d. legat. I.: „ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo exquirenda est.“ Dies nennen wir keine „Gewohnheit“.

[52]) Wie vielen Studenten-Wirthen hat diese Gewohnheit ihr Vermögen gekostet!

[53]) Diese Gewohnheit äußert sich an, sonst gebildeten, Menschen in einer überall hervortretenden Schadenfreude.

lebens stören, weil sie den Menschen mit sich und seinen Mitmenschen in böse Conflicte bringen, ein wirkliches Leiden für ihn, und hat man sie daher passend „Leidenschaften" genannt.

§. 16.

Aber nicht bloß die thierischen Triebe, sondern auch die Gefühle — in ihren mannigfachen Richtungen, können dadurch zur Gewohnheit werden, daß man sich ihnen fortwährend überläßt. So steigert sich das Wohlwollen durch fortgesetzte Uebung zur narrenhaften Gutmüthigkeit, der religiöse Sinn fortwährend cultivirt, wird allmählig zum Pietismus [54]) und erreicht endlich im Fanatismus den höchsten Grad, das Gefühl der Verehrung, d. h. der Abhängigkeit, wächst bis zur Demüthigkeit oder Speichelleckerei; wer fortwährend seine einmal gefaßten Entschlüsse durchzusetzen bemüht ist, wird zum gewohnheitsmäßigen Starrkopf; wer fortwährend nach dem Beifall der Menschen hascht, wird zum Gecken; das unabläßig gepflegte Selbstgefühl steigert sich zum Hochmuth, zur Herrschsucht und Rücksichtslosigkeit gegen seine Mitmenschen; die Vorsicht, durch fortgesetzte Uebung zur Gewohnheit geworden, macht den Sicherheitsmenschen, welcher in unabläßiger Sorge lebt, im Floh stets einen Elephanten sieht und niemals wagt, während der leichte Sinn, ungezügelt, zum wirklichen Leichtsinn wird und zuletzt in Tollkühnheit ausartet. Auch die Gewissenhaftigkeit kann im Menschen dadurch, daß er alle seine Handlungen strenge beur-

---

[54]) Der Pietismus beruht, wenn er nicht angeboren ist, auf reiner Angewöhnung. Es ist daher in Staaten, welche die pietistische Richtung grundsätzlich befördern, eine sehr zweckdienliche Maßregel, wenn sie durch directe und indirecte Mittel zum öffentlichen Gottesdienst zwingen. Wie unendlich viele Menschen gehen aus bloßer Gewohnheit zur Kirche!

theilt, einen hohen Grad erreichen und zur Gewohnheit werden. Man nennt solche Menschen „peinlich — scrupulös" und man hört nicht selten die Redensart: „Der Mann ist zu ehrlich." Diese Unglücklichen [55]) werden ihr ganzes Leben hindurch unabläfsig von Gewissensbissen gequält; denn Nichts von dem, was sie thun, und Nichts von dem, was sie unterlassen, besteht zu Recht vor der Strenge ihres innern Richters. Daß das Gefühl für das Wunderbare durch unausgesetzte Cultur allmählig zum gewohnheitsmäßigen Aberglauben wird, hat Niemand besser gewußt, als die Priester, insonderheit die katholischen. Niemand bezweifelt, daß das Gefühl für das Schöne durch Uebung im hohen Maße gestärkt und guter Geschmack zur Gewohnheit werden kann. Ebenso ist es mit dem Gefühl für das Lächerliche; wer diesem Gefühl unabläfsig nachgeht, es fortwährend nährt, der wird allmählig ein gewohnheitsmäßiger Possenreißer, er liebt den Scherz über Alles, sucht ihn überall und treibt ihn überall, selbst bei den unpassendsten Gelegenheiten.

§. 17.

Auf dem Gebiete des Verstandes finden wir dieselbe Erscheinung. Es ist eine unbestreitbare Thatsache, daß die Denkkräfte durch fortgesetzte Uebung gestärkt und das Denken allmählig zur Gewohnheit werden kann. Solchem Grübler begegnet man ziemlich häufig; man nennt ihn einen Philosophen im engern Sinn. Weil er Nichts mehr fürchtet als Störungen, so ist er Einsiedler. Er flieht die Menschen, ohne sie zu hassen

---

[55]) Das sind sie nämlich, weil sie übersehen, daß die Menschen allzumal Sünder sind und Keiner vollkommen gerecht vor sich selbst sein kann. Es ist eine sehr schwierige Aufgabe, sich in der Gewissenhaftigkeit das richtige und vernünftige Maß anzueignen und eine höchst gefährliche Operation, sie zu beschneiden, weil leicht eine Wunde entsteht, welche brandig wird.

und „lernt im stillen Busch den Bruder kennen", weil er stumm ist und höchstens flüstert. Ein solcher Philosoph hat den größten Abscheu vor dem, was man „hochgeehrtes Publicum" nennt; er liebt nicht die „unbekannte Menge", bei deren Anblick ihm der Geist entflieht; er haßt mechanische Arbeiten und ist, weil er nicht der Unterhaltung, d. h. den Gedanken Anderer, sondern seinen eigenen Gedanken folgen mag, unbrauchbar fürs gesellige Leben.

§. 18.

Jede Gewohnheit bringt den Menschen in einen Zustand der Knechtschaft, und man sagt daher sehr passend: Jemand fröhne seinen Leidenschaften, d. h. seinen Gewohnheiten. Sich aus dieser Sclaverei zu befreien, ist die schwere, aber lohnende, Aufgabe der Selbsterkenntniß und der Selbsterziehung. Die Freiheit von ihr ist moralische Freiheit. Sie besteht in der vollsten und reinsten Harmonie des Seelenlebens: in ihr liegt der Höhepunct menschlicher Glückseligkeit.

§. 19.

Die Gewohnheit erzeugt nicht bloß ein Leiden für das Individuum, welches von ihr beherrscht wird, sondern wird vielfach auch der Gesellschaft nachtheilig. Soweit dies der Fall ist, ist es die Aufgabe der Gesellschaft, d. h. des positiven Rechts, sie im Wege des Zwanges einzuschränken; aber nur soweit. Denn da die Gewohnheit für den Einzelnen zur zweiten Natur wird, — da sie Nichts weiter ist, als ein zur höchsten Potenz gesteigerter Drang eines Naturgesetzes, so gehört es wesentlich zum Glück des Einzelnen, der nicht die Kraft hat, sich frei zu machen (und diese Schwäche findet sich bei den Meisten), — daß er seiner Gewohnheit fröhnt.

Das positive Recht, dessen Aufgabe das Glück der Gesellschaft ist, würde also mit sich selbst in Widerspruch kommen, wenn es die Individuen zwingen würde, Gewohnheiten zu entsagen, welche für das Gemeinwesen unschädlich sind [56]), insbesondere dann, wenn es sich um Gewohnheiten handelt, welche bereits zum Characterzug ganzer Classen von Personen, d. h. Ständen, oder gar zum National-Character geworden sind. Solche Gewohnheiten müssen vom positiven Rechte respectirt werden; denn ihre Einschränkung fügt dem Einzelnen einen Schmerz zu, während sie dem Ganzen Nichts nützt. Dieser legislative Grundsatz ist es, den der Kaiser Constantin in dem viel besprochenen und stets mißverstandenen Rescripte aussprechen will: — Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est [57]).

§. 20.

Der gemeinsame Characterzug des Adels, welcher seine Mitglieder zu einem besondern Stande [58]) macht, beruht lediglich in einem bis zum hohen Grade gesteigerten Selbstgefühl, welches theils durch das Bewußtsein seines Einflusses, theils durch Erziehung hervorgerufen und genährt wird. Die Aufhebung des Adels (nicht seiner Privilegien) durch ein Gesetz ist unmöglich. Man nehme dem Adel die eine Basis, worauf jenes Selbstgefühl ruht, man entziehe ihm seine politische Bedeutung und raube ihm seine Güter, wie dies in Frankreich geschehen ist: — die andere Basis, welche die Erziehung bildet, bleibt unerschütterlich. Und gerade dieser Stolz, welcher nach gebrochener

---

[56]) Wir erwähnen hier das Verbot des Tabackrauchens.

[57]) L. 2. C. Quae sit longa consuetudo. (8. 53.)

[58]) d. h. äußerlich (in ihrem Verhalten) erkennbaren Classe von Menschen.

Macht, nach verlorenem Reichthum übrig bleibt, flößt eine merkwürdige Achtung ein. W. Scott erzählt von einem solchen Mitgliede des alten französischen Adels und sagt von dieser Bekanntschaft: „Es war ein homme, comme il faut, eines jener wenigen schönen Exemplare des alten Adels, die man noch immer in Frankreich findet, welche wie die verstümmelten Bildsäulen eines veralteten und längst verschwundenen Gottesdienstes doch noch immer eine gewisse Ehrfurcht und Achtung selbst denen abnöthigen, die sonst weder das eine noch das andere freiwillig zu zollen pflegen."

§. 21.

Es ist eine wunderbare Naturerscheinung, daß der Mensch, wie das Thier, durch fortgesetzte Beziehung zu Personen, Sachen, Verhältnissen und Zuständen, eine Zuneigung zu ihnen bekommt, und daß diese Zuneigung wächst, je länger die Beziehung dauert. Man nennt auch diesen Trieb, solche Beziehungen zu conserviren, Gewohnheit und die attractive Gewalt, die sie auf den Menschen ausübt, — die Macht der Gewohnheit. Auf diesem Naturgesetze beruhen die Erscheinungen, welche wir Anhänglichkeit, Freundschaft, Geselligkeit, Patriotismus, Conservatismus nennen. Auch bestehende Rechtssätze kann man durch Gewohnheit lieb gewinnen; es kann dem Menschen dringendes Bedürfniß sein, daß ein bestimmtes factisches Verhältniß stets in altherkömmlicher Weise normirt wird. Z. B., daß die Mutter mit den Kindern zu gleichen Theilen erbt, daß der älteste Sohn die Kleider des verstorbenen Vaters, die älteste Tochter die Kleider der verstorbenen Mutter erbt, daß mit der Ehe eine Gemeinschaft der Güter unter Ehegatten eintritt, daß bei Successionen der Mannesstamm einen Vorzug vor den Weibern hat, daß bei Beerbungen die Cognaten zurückgesetzt

werden, daß Erbverträge verbindlich sind, daß ein simples Versprechen ohne alle Form klagbar ist, daß das freiwillig anvertraute Eigenthum nicht aus der dritten Hand vindicirt werden kann. Gewohnheit kann, wie wir oben bemerkten, nie Rechtssätze schaffen, aber sie kann vorhandene Rechtssätze, welche sonst untergegangen sein würden, conserviren. Die Römer sagen daher von solchen Rechtssätzen sehr treffend: obtinentur und retinentur [59]). Die ursprünglich auf Reflexion beruhende opinio necessitatis ist verschwunden und nur ein durch die lange Gewöhnung entstandener, unbewußter Drang übrig geblieben, den Rechtssatz zu erhalten. Der Complex solcher Rechtssätze, welche durch stillschweigenden Volkswillen entstanden und ursprünglich auf Zweckmäßigkeit beruhten, welche lange Zeit befolgt und dadurch dem Volke lieb geworden sind, bilden das Gewohnheitsrecht. So haben sich eine Menge altdeutscher Rechtssätze erhalten; sie gelten noch heut zu Tage, obgleich Niemand von ihrer ratio Rechenschaft geben kann, und manche von ihnen gelten, obgleich sie für die Verhältnisse und Ansichten unserer Zeit entschieden unvernünftig sind.

§. 22.

Mit dem Begriff der Gewohnheit ist nicht zu verwechseln das Gefühl der Verehrung für das Alte, die jedem Menschen mehr oder weniger innewohnende Pietät gegen Einrichtungen, Sitten, Gebräuche, Denkmäler und Rechtssätze der Vorfahren. Auch dieses Gefühl trägt dazu bei, alte Rechtssätze zu conserviren und dies ist der Grund, weshalb die Römer die Begriffe: consuetudo und mores majorum mit einander vermengen.

---

59) Cicero Orat. partit. 37.

§. 23.

Wie durch fortgesetzte Uebung ein Trieb, ein Gefühl, eine Verstandeskraft im Menschen gesteigert werden kann, so ist durch das entgegengesetzte Verfahren eine Schwächung möglich. Hierin liegt der Begriff des Abgewöhnens. Die Zähmung der Thiere ist Abgewöhnung; ebenso die Erziehung des Menschen; denn Erziehung ist im Wesentlichen Nichts weiter als Zähmung. Despoten pflegen die Zähmung ihrer Völker mit dem schönen Ausdruck „Cultur" zu bezeichnen. Die Anhänglichkeit an Personen, Sachen, Verhältnissen, Zuständen und Rechtssätzen — von der eben die Rede gewesen ist, geht durch Abgewöhnung allmählig unter. Die Freundschaft erlischt durch lange Trennung, die Liebe zur Heimath und zum Vaterlande verschwindet allmählig durch lange Abwesenheit; auch die Anhänglichkeit am einheimischen Rechte hört nach und nach auf, wenn das Volk Jahrhunderte lang genöthigt wird, nach fremden Rechtssätzen zu leben. So russificirt man in Polen; so danisirt man in Holstein, so gallificirt man in Lothringen und Elsaß, so germanisirt man in der Lombardei und Venedig. Die Reception des römischen Rechts in Deutschland — welche man sich als eine continuirliche, noch jetzt fortdauernde Art denken muß — ist in vielen Puncten Nichts weiter als ein großer Abgewöhnungsproceß. Dieses Romanisirungsgeschäft in Deutschland besorgen heut zu Tage diejenigen Professoren, welche man Romanisten nennt, — welche uns die sogenannte historische Schule als das einzig Wahre predigen und uns überreden wollen, daß jeder in irgend einem Winkel des Corpus juris aufgefundene Ausspruch eines alten römischen Juristen Marcipan sei und Gesetzeskraft für uns habe.

§. 24.

Die Lehre vom Gewohnheitsrecht ist verwirrt, weil man Worte für Begriffe gebraucht, für die sie nicht passen, weil die Gelehrten mit demselben Worte verschiedene Begriffe verbinden.

Man behauptet, alles Gewohnheitsrecht beruhe auf Volksüberzeugung, d. h. auf Reflexion. Dies ist unwahr; bei Weitem die größte Masse derjenigen Rechtssätze, welche man zum Gewohnheitsrechte zählt, beruht nicht auf Reflexion, nicht auf Ueberzeugung; sie beruhen auf Volkswillen, aber dieser Wille ist der Ausdruck einer bloßen durch Gewohnheit hervorgerufenen Anhänglichkeit an dem Rechtssatz. Es giebt Verhältnisse, bei denen es vollkommen gleichgültig ist, wie sie normirt sind, — wenn sie nur überhaupt normirt sind. Hier kann, wenn eine Regel sich bildet, von einer Volksüberzeugung, daß das Verhältniß so normirt werden müsse, gar nicht die Rede sein. Hierher gehören die herkömmlichen rechtlichen Formen, Zeit- und Zahlenverhältnisse, auch die reine processualische Praxis.

Es haben ferner Gelehrte das gleichmäßige Verhalten, worin sich stillschweigend der Volkswille ausspricht, — Gewohnheit genannt, während andere den Ausdruck im richtigen Sinne genommen haben. Eine Folge davon ist gewesen, daß diese behaupten, das Gewohnheitsrecht entstehe durch Gewohnheit, während jene behaupten, es finde in der Gewohnheit nur seinen Ausdruck.

§. 25.

Man muß unterscheiden:

I. Natur, und

II. Recht, d. h. den die Natur beschränkenden Willen des Staats. Dieser ist entweder:

1) ein in bestimmter Form ausdrücklich erklärter Wille: — Gesetz; oder

2) ein stillschweigend erklärter. Um diesen zu erkennen, müssen, gerade wie bei Rechtsgeschäften, concludente Thatsachen vorliegen. Wann die Thatsachen concludent sind, d. h. einen sichern Schluß zulassen, ist durch die Theorie nicht näher zu bestimmen: — alle dahin gehörigen Expositionen der Lehrbücher sind ebenso nutzloses, als leeres Geschwätz. Es kann die jedem positiven Rechtssatze unterliegende opinio necessitatis hier:

a) auf Reflexion des Verstandes beruhen, sodaß die Gesellschaft eine lebendige Ueberzeugung von der Zweckmäßigkeit der Rechtsnorm hat[60]). Wie bei jeder Reflexion kann hier natürlich ein Irrthum obwalten. Mit dem allgemeinen Erkennen des Irrthums verschwindet nothwendig der Rechtssatz, weil der Grund seiner bindenden Kraft aufhört. Daher sagen die Römer: Quod non ratione introductum est, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet[61]). Ob das Volk den fraglichen Irrthum erkannt hat und folglich der Rechtssatz untergegangen sei, ist wiederum nur aus concludenten Thatsachen zu entnehmen.

b) sie kann auf einem unbewußten Drange der Natur, also entweder auf einem thierischen Triebe oder einem lebendigen Gefühl beruhen. Dies ist nur in der Art möglich, daß die ursprüngliche Ueberzeugung von der Zweckmäßigkeit im Volke verloren gegangen, daß man aber durch lange Gewohnheit (longa consuetudo, usus longaevus) den Satz lieb gewonnen hat. Nur solche Rechtssätze kann man passend Gewohnheitsrecht nennen. Das Gewohnheitsrecht ist also nicht der gerade

[60]) Vgl. oben §. 13. l. 36. D. d. legg. (l. 3.)

[61]) cit. l. 39. D. d. legg. (l. 3.)

Gegensatz zum Gesetzesrecht, sondern eine Unterart der auf unmittelbarem Volkswillen beruhenden Rechtssätze. Die römischen Juristen unterscheiden daher sehr richtig bei dem jus non scriptum: 1) ea, quae conventis et quasi consensu obtinentur, und 2) ea, quae consuetudine obtinentur. Diese Distinction entspricht ganz unserer eben gemachten Distinction ad a und b. Die heutigen Juristen machen diese Unterscheidung nicht und rufen dadurch diejenige Begriffsverwirrung hervor, welche die Römer beseitigen wollten. Ob ein Rechtssatz, über dessen Zweckmäßigkeit man sich keine Rechenschaft mehr geben kann, dem Volke durch lange Gewohnheit so lieb geworden ist, daß eine Abschaffung desselben ein schmerzhafter Schnitt in die Behaglichkeit des Volks sein würde, ist wiederum aus concludenten Thatsachen zu schließen; theoretische Anweisungen lassen sich hier nicht weiter geben [62]).

§. 26.

Das römische Recht gilt in Deutschland, so sagt man, als Gewohnheitsrecht. Das heißt also: die einzelnen Rechtssätze des Corpus juris glossatum seien ein Ausdruck des deutschen Volkswillens. Dieser Wille müßte dann beruhen entweder auf Reflexion oder auf Anhänglichkeit, welche durch Gewöhnen entstanden wäre. Allein dies ist unrichtig. Das deutsche Volk kennt das Corpus juris gar nicht in seinen Einzelheiten; es können also nicht sämmtliche Sätze des Corpus

---

62) Es ist ebenso unzutreffend, wenn die Theorie die sogenannten Merkmale eines Gewohnheitsrechts aufzählt, als wenn sie es unternehmen wollte, alle Merkmale aufzuführen, woran man den stillschweigenden Abschluß eines Contracts erkennen könne. Es geht mit diesen Merkmalen, wie mit den Interpretationsregeln: — sie können den Juristen nur gegen die ärgsten Mißgriffe sichern.

juris als Ausdruck des Volkswillens gelten. Soweit ferner dem deutschen Volke das Corpus juris bekannt ist, kann man keineswegs durchweg sagen, daß es von den einzelnen Rechtssätzen die Ueberzeugung hätte, daß sie gelten müßten und ebensowenig, daß es durch allmählige Gewohnheit diese Sätze so lieb gewonnen hätte, daß es nicht mehr davon lassen könnte. Nur ein Theil des römischen Rechts, nämlich das Verkehrsrecht, ist als Ausdruck des deutschen Volkswillens zu betrachten; aber auch nur soweit, als die Rechtssätze ein nothwendiges Product der factischen Verhältnisse des Verkehrs bilden. Die theoretischen Rechtsgelehrten versuchen, durch ein doppeltes Manöver sich aus diesem Dilemma zu ziehen. Sie behaupten, der Wille des deutschen Volks komme gar nicht in Betracht, sie, die gelehrten Juristen, seien die Träger des deutschen Volkswillens in Bezug auf die Frage, wie seine Verhältnisse rechtlich normirt seien. Nur auf ihren Willen, nur auf ihre Reflexion, nur auf ihre Gewohnheit komme es an. Dies ist eine außerordentliche Anmaßung. Wer hat denn die Herren zu Repräsentanten des Volks gemacht? Dies wäre überdies im höchsten Grade gefährlich für das deutsche Volk. Denn eine große Menge deutscher Juristen ist dermaßen mit den factischen Verhältnissen des Lebens, aus denen allein der sogenannte Geist des Rechts entnommen werden kann, unbekannt, daß ihnen die nothwendigsten Eigenschaften abgehen, um als Repräsentanten des Volks in rechtlichen Dingen gelten zu können. Die andere Hinterpforte ist der Satz: „das römische Recht sei in complexu recipirt.“ Hier kann man wirklich sagen, — wo die Begriffe fehlen, stellt zur rechten Zeit ein Wort sich ein. Jener Satz wird fortwährend gelehrt und gedankenlos gläubig hingenommen und ist Nichts weiter als eine, nicht nur leere, sondern geradezu widersinnige Phrase. Man

kann wohl eine Pastete in complexu recipiren, und hat dann natürlich alles Einzelne recipirt, was darin enthalten ist. Wie dies aber mit einem Corpus juris möglich wäre, wie es denkbar wäre, daß ein großer Complex von Rechtssätzen in das Bewußtsein eines Volks übergehen könne, ohne daß das Volk sich der einzelnen Rechtssätze bewußt wäre, ist nicht einzusehen. Nur eine Möglichkeit einer Reception vieler Rechtssätze in complexu giebt es: — wenn man ein Princip recipirt hat, so hat man alle einzelnen Rechtssätze recipirt, welche darin stecken und daraus durch Schlußfolgerung entwickelt werden können, ohne daß es nöthig wäre, sich aller Consequenzen bewußt zu werden. Daß aber die Sätze des Corpus juris auf ein Princip zurückgeführt seien, und das deutsche Volk dies recipirt habe, wird nicht behauptet und läßt sich nicht behaupten. Will man im Betreff des römischen Rechts von einer Gewohnheit des Volks reden, so ist dies nur in folgender Weise möglich. Das römische Recht ist in Deutschland allmählig bekannt und in der Praxis angewandt worden; abgesehen von dem Verkehr, wo dasselbe ein dringendes practisches Bedürfniß befriedigte, hat man wiederholt gegen dasselbe protestirt, wie hinlänglich bekannt ist, bis man sich endlich, da es unmöglich war, gegen den Strom zu schwimmen, dabei beruhigte, und insofern an die Idee gewöhnte, daß das römische Recht das gemeine deutsche Civilrecht sei. Aber deshalb kann man nicht sagen, daß das römische Recht als Gewohnheitsrecht in Deutschland gelte. Es ist wahr, der Grund seiner Geltung ist allein die Ueberzeugung des deutschen Volks; wieweit es aber gelte, ist für jeden einzelnen Rechtssatz besonders zu untersuchen. Dabei wird man aber kein anderes Kriterium als die Zweckmäßigkeit des Rechtssatzes haben. Liegt diese entschieden nicht vor, oder läßt sich gar die Unzweckmäßigkeit des-

selben klar nachweisen, so steht fest, daß der Rechtssatz nicht die Ueberzeugung des Volks für sich hat, daß er gelten müsse. Freilich könnte dennoch der Rechtssatz als Gewohnheitsrecht gelten, wenn die lange und constante Anwendung desselben in der Praxis durch Gewöhnung eine Anhänglichkeit an demselben im Volke erzeugt hätte, also die opinio necessitatis auf dem Gefühl des Volks beruhte. Diese Frage wird sich aber wohl schwerlich untersuchen lassen. Die Arbeit der Theorie wird sich daher bei der Frage, ob ein römischer Rechtssatz gelte, auf die Untersuchung zu beschränken haben: — ob der Satz ein practisches Bedürfniß befriedige oder nicht.

§. 27.

Ob die Volksüberzeugung, insbesondere die Gewohnheit, in einem Staate neben dem Gesetze als Rechtsquelle bestehe, und wie sich dann beide Rechtsquellen in ihrer Wirkung gegeneinander verhalten, namentlich ob das Gewohnheitsrecht einem bestehenden Gesetze derogiren könne? Diese Frage ist vom jedesmaligen Staatsrecht zu beantworten. Daß es die öffentliche Wohlfahrt wesentlich fördere, wenn beide Rechtsquellen gleichberechtigt neben einander bestehen, ist allgemein anerkannt und bedarf keines Nachweises.

Gedruckt bei E. Polz in Leipzig.

Nationalökonomisch-civilistische

Studien

von

H. Dankwardt,
Advocaten zu Rostock.

Zweiter Band.

Leipzig und **Heidelberg.**
C. F. Winter'sche Verlagshandlung.
1869.

Ich gehe jetzt an die Revision meiner bisherigen nationalökonomisch-civilistischen Schriften. Die Aufsätze, welche ich hier übergebe, sind daher theils Ausführungen früher bereits abgehandelter, theils Abhandlungen früher nur angedeuteter und obenhin berührter Materien. Zu einer weiteren Vorrede ist keine Veranlassung.

Rostock im Februar 1869.

Der Verfasser.

Inhalt.

		Seite
1. Kapitel.	Von den materiellen Gütern	1
2. Kapitel.	Die materiellen Güter als Besitz- u. Eigenthumsobjecte	19
3. Kapitel.	Die materiellen Güter. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums	27
4. Kapitel.	Das Interdictum de glande legenda	28
5. Kapitel.	Das Interdictum de arboribus caedendis	32
6. Kapitel.	Die actio aquae pluviae arcendae	33
7. Kapitel.	Von den immateriellen Gütern	43
8. Kapitel.	Die immateriellen Güter. Quasi-Besitz u. Nutzungsrecht	45
9. Kapitel.	Die Güter als Werthe	48
10. Kapitel.	Zur Geschichte der Hypothek	51
11. Kapitel.	Production der Werthe. Vereinigung der Productivkräfte. Unentgeltliche Dienstleistung	76
12. Kapitel.	Gewerbe, Handel, Peculium	108
13. Kapitel.	Consumption	114
14. Kapitel.	Von den ideellen Gütern	119
15. Kapitel.	Bemerkungen zur allgemeinen deutschen Wechselordnung	134
16. Kapitel.	Die Petitiones	144
17. Kapitel.	Die actio finium regundorum	156
18. Kapitel.	Zur actio negatoria	165

Nationalökonomisch-civilistische

Studien.

Erstes Kapitel.

Von den materiellen Gütern[1]).

§. 1.

Die volkswirthschaftlichen Begriffe sind oft zu ungenau und unbestimmt. Eine Hauptaufgabe des Civilrechts ist, diese Begriffe zu präcisiren. Die Entscheidung über Mein und Dein setzt voraus, daß die Grenzen der möglicherweise streitigen Objecte festgestellt sind. So geht parallel der volkswirthschaftlichen Lehre vom Begriff der materiellen Güter die juristische Lehre von den Sachen und von den Bedingungen, unter denen sie Besitz- und Eigenthumsobjecte sein können.

§. 2.

Die materiellen Güter zerfallen in unbewegliche und bewegliche, und die ersteren vereinigen sich unter den allgemeineren Begriff des Grund und Bodens.

I. Die unbeweglichen Güter.

A. Vom Grund und Boden.

§. 3.

Der Grund und Boden zerfällt in Gewässer und Festland; erstere sind das Meer, fließende und stehende Gewässer. Die römischen Juristen haben die Grenze zwischen diesen Ge-

---

[1]) Vgl. Nationalökonomie und Jurisprudenz Heft I. S. 13. 14.

wässern und dem Festlande so scharf als möglich markirt, und sind dabei bestrebt gewesen, sie in der Art zu fixiren, daß sie von dem temporären Eintritt von Naturereignissen möglichst unabhängig bleiben.

A. Das Meer.

§. 4.

Die Grenze des Meeres bestimmt sich durch die Linie, welche durch den höchsten Wasserstand, den es bei den Stürmen des Winters erreicht[1]), gebildet wird. Der Seestrand, d. h. der Streifen Landes, der zwischen dieser Linie und dem Wasser liegt, gehört also zum Meeres-Bett und ist daher Theil des Meeres[2]). Von dem Meer und Meeresstrand können durch Occupation einzelne Theile ausgeschieden sein. Dahin gehören: Molen, Brücken und Anlegeplätze, welche sich in die See hinaus erstrecken, Bade-Anstalten, Fischerhütten, welche auf dem Seestrand erbaut sind, öffentliche Gebäude, wie Leuchtthürme; ferner Gruben, welche zur Verbrennung des Seetangs in den Seestrand gegraben sind, und einzelne temporär occupirte Plätze, z. B. zur Trocknung des Seetangs und der Fischnetze. Solche ausgeschiedene Theile gehören, so lange die Ausscheidung dauert, nicht zum Meer und Meeresstrand[3]).

B. Die fließenden Gewässer.

§. 5.

Diese zerfallen in Flüsse und Bäche; entsprechend bei den Römern in flumina und rivos[4]).

---

[1]) §. 3. J. d. rer. divis. (.2 1.): Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.

[2]) §. 1. eod: — mare et per hoc litora maris. Vgl. jedoch unten §. 33.

[3]) L. 10. D. d. rer. divis (1. 8.): Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.

[4]) L. 1. §. 1. D. d. fluminibus (43. 12.).

1. Die Flüsse.

§. 6.

Das Ufer des Flusses gehört nicht zum Flußbett, sondern ist die Grenze des Flusses. Es hält den Fluß zusammen und bestimmt seinen Lauf[1]), ist mithin integrirender Theil der anstoßenden Grundstücke. Auch das Flußbett ist nicht Theil des Flusses, sondern gehört ebenfalls zu den anliegenden Grundstücken; nur daß das Eigenthum daran solange suspendirt ist, als der Fluß es occupirt hält[2]). Ebensowenig gehören die Inseln, welche in dem Fluß entstehen[3]), und das Land, welches von einem Arm des Flusses eingeschlossen ist[4]), zum Flusse. Dagegen ist ein mit dem Flusse in Verbindung gesetzter Canal ein Theil des Flusses[5]), oder gilt, wenn er zwei Flüsse verbindet, als ein selbständiger Fluß. Die römischen Juristen theilen die Flüsse in flumina perennia und torrentia d. h. in solche, welche das ganze Jahr hindurch fließen, und solche, welche nur im Winter fließen[6]). Ein sonst perennirender Fluß gilt, wenn er ausnahmsweise einmal austrocknet, dennoch als flumen perenne[7]).

---

[1]) L. 1. §. 5. eod: Ripa autem ita recte definietur id, quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens. Der Fluß, wenn er temporär durch Regen, durch das Andrängen des Meeres oder aus irgend einem anderen Grunde austritt, behält dennoch seine Ufer d. h. seine alten Grenzen. Eod.

[2]) L. 1. §. 7. eod. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß die anstoßenden Grundstücke sich bis an den Fluß erstrecken, also keine agri limitati sind. L. 1. §. 6. eod. Puchta Pand. §. 165 a. E.

[3]) Cit. l. 1. §. 1. eod. Sie gelten als verlassenes Flußbett, gehören also auch zu den anstoßenden Grundstücken, vorausgesetzt, daß diese keine agri limitati sind. Cit. l. 1. §. 6.

[4]) L. 1. §. 10. eod.

[5]) L. 1. §. 8. eod.

[6]) L. 1. §. 2. eod.

[7]) Cit. l. 1. §. 2.

2. Die Bäche.

§. 7.

Die Römer bestimmen den Begriff eines Baches nach der Größe des Gewässers und nach dem Urtheile der Anwohner[1]). Läßt die Größe einen Zweifel, so gilt mithin ein fließendes Gewässer als Bach, wenn es von den Anwohnern dafür gehalten und als Bach bezeichnet wird.

C. Die stehenden Gewässer[2]).

§. 8.

Die Römer unterscheiden:

1) natürliche Boden-Vertiefungen, welche stehendes Wasser enthalten, und theilen diese in

a. Lacus d. h. solche, welche fortwährend Wasser enthalten[3]). Der Lacus umfaßt daher auch unsere Teiche unter dieser Voraussetzung, ja, sämmtliche kleinere Wasser-Behälter im Grund und Boden, welche unter sehr verschiedenen Namen vorkommen. Der Lacus entspricht dem flumen perenne.

b. Stagna, d. h. solche, die nur zeitweilig Wasser enthalten[4]). Dies stagnum entspricht daher dem flumen torrens.

2) künstliche Boden-Vertiefungen, welche Wasser enthalten: — fossae[5]).

---

[1]) L. 1. §. 1. D. eod.: Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium.

[2]) Dig.: XLIII. 14. Ut in flumine publico navigare liceat.

[3]) L. un. §. 3. h. t.: Lacus est, quod perpetuam habet aquam. Vgl. §. 5. eod.

[4]) Cit. l. un. §. 4.: Stagnum est, quod temporalem contineat aquam, ibidem stagnantem, quae quidem aqua plerumque hieme cogitur. Vgl. §. 5. eod.

[5]) Cit. l. un. §. 5.: Fossa est receptaculum aquae manu factum.

Von den Grenzen der natürlichen stehenden Gewässer gilt die Regel: Lacus et stagna, licet interdum crescant, interdum exarescant, suos tamen terminos retinent[1]).

B. Das Grundstück.

§. 9.

Ein Grundstück ist ein allseitig begrenzter Abschnitt vom Grund und Boden. Ein solcher Abschnitt heißt technisch bei den Römern ein Fundus[2]).

§. 10.

Practisch aber unjuristisch aufgefaßt, bildet der Fundus eine geometrisch begrenzte Fläche: theoretisch und streng juristisch sind Fundi Pyramiden, deren gemeinschaftlicher Gipfel im Mittelpunkte der Erde liegt und deren Basis sich im Weltraum verliert. Zu dem Fundus gehört also auch der leere Raum, welcher durch die Verlängerung der Seitenflächen der Pyramide eingeschlossen wird; nicht aber die Luft, welche diesen Raum anfüllt[3]); auch nicht die Aeste und Zweige, welche die Bäume benachbarter Grundstücke in diesen Luftraum hineinstrecken; auch die Baumstämme nicht, welche in diesen Luftraum hineingewachsen oder durch Sturm in denselben hineingelegt sind[4]). Das Civilrecht schließt sich indessen regelmäßig dem vulgären Begriffe des Grundstücks an, versteht dann aber nicht darunter eine Fläche mit

[1]) L. 12. pr. D. d. Ā. R. D. (41. 1.).

[2]) L. 60. §. 12. D. d. V. S. (50. 16.): Sed fundus quidem suos habet fines. Der Ausdruck für Grundstück ohne Rücksicht auf Begrenzung ist praedium. Vgl. unten §. 20.

[3]) Diese ist res communis. §. 1. J. d. rer. div. (2. 1.), — also ein selbständiges Object.

[4]) L. 6. §. 2. D. arb. furtim caes. (47. 7). Dig.: XLIII. 27. d. arb. caed. Vgl. auch l. 2. §. 4. D. Uti possidetis (43. 17), und unten Kap. 4 und 5.

allen ihren Unregelmäßigkeiten, sondern eine Ebene, aus welcher einzelne Theile des Bodens hervorstehen[1]).

§. 11.

Unter den Grenzen, fines, des Grundstücks werden daher gewöhnlich die Grenzlinien der Bodenfläche verstanden[2]). Diese sind Linien im mathematischen Sinne, wenn sie gleich durch Gräben, Zäune, Hecken ꝛc. deutlicher bezeichnet sind[3]). Ein Graben ist daher keine juristische Linie und ein Pfahl kein juristischer Punkt. Die gemeinschaftliche Grenze zweier Grundstücke heißt confinium[4]), und ein Grenzgraben, der Lauf und Richtung der Grenzlinien markirt: fossa in confinio facta.

§. 12.

Es folgt von selbst, daß die Grenzen eines Grundstücks objectiv sind d. h. unabhängig von seiner äußeren Erscheinung. Die Grenzlinien durchschneiden rücksichtslos Bäume, Felsen und Gebäude, sodaß diese theils zu dem einen, theils zu dem anderen Grundstücke gehören können[5]). Ist der Fundus ein See, so

---

[1]) Vgl. unten §. 17.

[2]) Dig.: X. 1.: finium regundorum.

[3]) Die Markirung durch das Meer, einen Bach oder Fluß nennt man natürliche Grenzen. Vgl. cit. §. 3. J. (2. 1).

[4]) L. 4. §. 10. D. finium regundorum (10. 1.). Der Begriff „confinium" wird auf unbebaute Grundstücke, praedia rustica, beschränkt. Bei Gebäuden redet man nicht von Confininm, sondern von Vicinität. Dem entsprechend unterscheidet man die Grenz-Nachbarn in confines und vicini. L. 4. §. 10. D. eod.

[5]) Die Größe der Antheile bestimmt sich bei Bäumen durch den Schnitt, den die Grenzlinie durch die Grundfläche des Baumes macht. Nach Maßgabe dieses Schnitts theilt sich der ganze Baumstamm mit den dazu gehörigen Aesten und Zweigen. Cit. L. 6. §. 2. D. d. arb. furtim caes. (47. 7.): — arbor ejus est, in cujus fundo origo fuerit. Solche factisch gemeinschaftliche Theile des Grundstücks heißen communes pro diviso. L. 19. pr. D. communi div. (10. 3.).

verändern sich die Grenzen nicht durch die Veränderung der Peripherie des Sees [1]). Es folgt weiter, daß die Grenzen nicht durch Naturereignisse verändert, sondern nur durch Verwischung der Grenzzeichen unsichtbar gemacht werden.

§. 13.

Gleichwohl können die Grundstücke sich durch Naturereignisse vergrößern oder verkleinern. So die an Flüssen belegenen durch Anspülung [2]) (alluvio); ferner dadurch, daß von einem solchen Grundstücke ein Stück Landes abgerissen wird, an ein anderes antreibt und mit demselben verwächst [3]) (avulsio); ferner durch Veränderung des Flußbettes [4]); endlich durch die Entstehung einer Insel im Flusse [5]).

§. 14.

Ein Grundstück kann beliebig in mehrere Grundstücke getheilt werden. Dazu gehört der bloße Wille und die Ausführung durch Abmarkung der Grenzen, wenn diese nicht bereits geschehen ist, wie in dem Falle, wo ein begrenzter Theil eines Grundstücks zu einem besondern Grundstück gemacht werden soll [6]).

§. 15.

Ein gar nicht, oder doch nicht vollständig, begrenztes Stück Land, welches aber durch seine äußere Erscheinung als ein be-

---

[1]) Vgl. oben §. 8. am E.
[2]) §. 20. J. d. rerum divis. (2. 1).
[3]) §. 11. eod.
[4]) §. 22. eod.
[5]) §. 23. eod.
[6]) Cit. l. 60. §. 2. D. d. V. S. (50. 16.).

sonderer Gegenstand bemerklich wird, heißt locus[1]). So sind die zu einem Fundus gehörigen Seen, Aecker, Wiesen, Wälder, Sümpfe, Moore, Berge, Thäler ꝛc.: loci in fundo[2]). Dadurch, daß ein solcher Locus in geometrische Grenzen eingeschlossen wird, wird er noch kein eigner Fundus, sondern bleibt eine pars fundi und heißt als solche auch Locus[3]). Uebrigens kann ein Fundus die vollständige Enclave eines anderen Fundus, — ein fundus in fundo sein.

§. 16.

Von dem Locus, als einer portio fundi, verschieden ist die Pertinenz. Pertinenz eines Grundstücks ist ein anderes Grundstück, wenn es als Theil desselben behandelt wird. Wird ein Fundus mit gänzlicher Aufhebung seiner Selbständigkeit zu einem andern Fundus geschlagen, so wird er ein integrirender Theil, ein Locus, desselben. Behält er aber in irgend einer Beziehung den Charakter der Selbständigkeit, so wird er Pertinenz desselben. Andererseits kann ein Locus fundi zu einer Pertinenz desselben gemacht werden, wenn er factisch zwar ein selbständiges Grundstück werden, aber doch juristisch als Theil desselben gelten soll[4]). Der Locus ist eine wirkliche pars

---

[1]) L. 60. §. 2. D. d. V. S. (50. 16): Sed fundus quidem suos habet fines, locus vero latere potest, quatenus determinetur et definiatur. Insofern bildet der Locus den Gegensatz zum Fundus. Vgl. oben §. 9.

[2]) Cit. l. 60. pr. Locus est non fundus sed portio aliqua fundi.

[3]) Cit. l. 60. pr.: — Locum a fundo separat nostra affectio. L. 34. in f. D. d. legat. (I.): et pars fundus recte appellatur — —. L. 60. §. 1. D. d. V. S. (50. 16.): — si fundi animo eum habuimus.

[4]) Eod.

fundi, die Pertinenz: quasi pars[1]) fundi. Man kann demnach bei einem Grundstück natürliche und juristische oder fingirte Theile unterscheiden. Letztere sind die Pertinenzen. Man könnte sie partes civiles nennen.

§. 17.

Sämmtliche in dem Grundstück wurzelnde Pflanzen, und die mit dem Boden verbundenen Felsen und Steine[2]) haben juristisch keine selbständige Existenz, sondern gelten als Auswüchse und Unebenheiten des Grundstücks, ebenso werden juristisch alle auf dem Grundstück aufgeführten Mauerwerke, namentlich Gebäude aufgefaßt[3]). Alle solche hervorstehenden integrirenden Theile des Grundstücks heißen: superficies[4]), im Gegensatz vom Grund und Boden, solum. Veränderungen mit solchen integrirenden Theilen, z. B. das Ausroden oder Fällen von Bäumen, das Abkröpfen von Aesten und Baumzweigen, sind daher

[1]) L. 13. §. 31. D. Emti venditi (19. 1.). Auch selbständige bewegliche Sachen können Pertinenzen eines Grundstücks sein. Hierüber siehe unten §. 29.

[2]) Man unterscheidet lapides solo conjuncti, exempti und exemtiles. L. 6. §. 1. D. d. serv. praed. rust. (8. 3). L. 5. §. 11. D. d. auro, argent. (34. 2).

[3]) L. 115. D. d. V. S. (50. 16): Fundus est omne quidquid solo continetur. Dies ist ein positiver Rechtssatz, der die herrschende natürliche Anschauung abändert. Denn jeder Nichtjurist ist verwundert, wenn er hört, daß man Bäume auf dem Stamm und Getreide auf dem Halm nicht verkaufen und tradiren könne, und der Verkauf nur als venditio rei futurae aufrecht erhalten werde. Dieser Rechtsgrundsatz ist lediglich durch die Nothwendigkeit hervorgerufen. Denn, was sollte wohl daraus werden, wenn es für jeden Strauch, für jeden Halm auf dem Felde einen besondern Eigenthümer geben könnte? Der Rechtssatz ist von solcher Wichtigkeit, das er publici juris geworden ist, also privatorum pactis nicht abgeändert werden kann.

[4]) L. 71. D. d. usufr. (7. 1.) l. 3. D. d. servitut. (8. 1).

Veränderungen, welche mit dem Grundstück vorgenommen worden: — opera in solo facta solo conjuncta[1]).

§. 18.

Die auf einem Grundstücke befindlichen wilden Thiere, also auch die in den Gewässern desselben befindlichen Fische, gehören nach römischer Anschauung nicht zum Grundstücke, sondern sind selbständige[2]) Gegenstände. Nach deutscher Anschauung gehören sie zum Grundstücke, und werden erst dadurch, daß sie erlegt oder eingefangen werden, selbständige Gegenstände[3]).

§. 19.

Grundstücke liegen selten isolirt. Jeder Fundus hat regelmäßig seine Fundi vicini: der Begriff der Vicinität erfordert aber nicht nothwendig eine gemeinschaftliche Grenze[4]). Die Flächen benachbarter Grundstücke können eine schiefe Ebene oder die Fläche eines Grundstücks mit der eines andern einen Winkel bilden. Dann unterscheidet man rücksichtlich des natürlichen Laufes des Regenwassers den fundus superior und inferior[5]).

§. 20.

Die Römer theilten die Grundstücke in Praedia urbana[6]) und rustica. Jener Ausdruck bezeichnete im weiteren Sinne

[1]) L. 7. §. 5. D. Quod vi aut clam. (43. 24).

[2]) §. 12. J. d. rer. div. (2. 1.)

[3]) So kann es nur verstanden werden, wenn es im alten deutschen Rechte heißt, daß das Recht der Fischerei und Jagd Ausflüsse des echten Eigenthums an Grundstücken seien. Ein erlegtes Wild, ein gefangener Fisch gilt wie eine abgeschnittene Frucht. Vgl. unten §. 25.

[4]) Vgl. cit. l. 4. §. 10. D. Finium regundorum (10. 1): neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur. Vgl. oben §. 11.

[5]) L. 1. §. 13. D. d. aqua et aq. pluv. arc. (39. 3).

[6]) L. 198. D. d. V. S. (50. 16). Urbana praedia omnia aedificia accipimus — — — —, quia urbanum praedium non locus facit, sed materia.

bebaute, dieser leere unbebaute[1]) Plätze, dergestalt, daß es Praedia rustica in urbe[2]) gab. Im engeren Sinne waren Praedia urbana städtische Gebäude mit den dazu gehörigen freien Plätzen, Praedia rustica ländliche[3]), landwirthschaftliche[4]) Grundstücke und Landgüter mit den dazu gehörigen Wohn- und Wirthschaftsgebäuden[5]).

§. 21.

Die Form eines Landguts bezeichnen die Grenzen; die Größe (Ausdehnung, Areal) wird durch eine Summe von Flächen-Maaß-Einheiten bestimmt. Als Maaßstab nahm man in Deutschland ursprünglich die zur Bestellung erforderliche Einsaat und unterschied Aecker oder Güter von so und so viel Scheffel oder Last Aussaat[6]). Auch bezeichnete man die Größe des Areals wohl durch die Zahl der Gespanne von Pferden, welche zur Bestellung erforderlich war, und unterschied Güter von so und so viel Gespann Pferden. Die alten Römer, weil sie mit Ochsen pflügten, rechneten entsprechend nach „Joch Ochsen", — jugera. — Späterhin bediente man sich eines bestimmten Flächenmaaßes und unterschied Aecker oder Güter von so und so viel Quadratruthen 2c. Weil aber die Güter meistens unregelmäßige Figuren waren, so mußte der alte ungenaue Maaßstab noch vorwiegend bleiben, bis die Kunst der Agrimensoren, — Feldmesser entstand. Die letzteren bestimmen heutzutage das

---

1) L. 2. pr. D. fin. reg. (10. 1.): — — praedia rustica, quamvis aedificia interveniant.

2) Cit. l. 4. §. 10. D. fin. reg. (10. 1).

3) L. 2. pr. D. d. servit. praed. rust. (8. 3).

4) L. 3. 4. und 7. D. in quib. caus. pign. tacit. contrah. (20. 2).

5) Cit. l. 2. pr. D. fin. reg. (10. 1).

6) Eine bestimmte Anzahl Scheffel Aussaat heißt Hufe, und man unterschied: Ritter- und Bauerhufen.

Areal eines jeden Landguts dadurch, daß sie krumme Grenzlinien in gerade verwandeln, dann das ganze Grundstück in Dreiecke theilen, den Flächeninhalt eines jeden Dreiecks nach vorher aufgefundenen (trigonometrischen) Formeln berechnen und dann den Inhalt aller Dreiecke addiren. Demnächst reducirte man das alte ungenaue Maaß auf ein bestimmtes Quantum von Flächenmaaß-Einheiten. Seitdem wurde bei den Römern der Ausdruck „jugera", in Deutschland der Ausdruck „Scheffel-" oder „Last-Aussaat" Bezeichnungen für ein bestimmtes Quantum von Flächenmaaß-Einheiten. Auf diese Weise bildete sich neben dem Fundus in concreto der Fundus in abstracto d. h. man abstrahirte von allen übrigen Eigenschaften eines Grundstücks und faßte es nur allgemein als Größe, — Fläche auf. Ein weiterer Schritt war, sich ein Landgut als ein nach Zahl und Maaß bestimmtes Quantum kleiner Fundi zu denken und diese erscheinen im Verkehr, als wären sie eine Quantität fungibler Sachen, so daß man von dem Preise einer bestimmten Zahl Quadratruthen Ackers, wie von dem Preise einer bestimmten Anzahl Scheffel Roggen spricht. Eine weitere Consequenz dieser Vorstellung ist, daß, wenn zwischen zwei Grundstücken von bestimmtem Flächeninhalt die Grenze verwischt und nicht mehr aufzufinden ist, ein der Communion analoges Verhältniß entsteht und die Feststellung der Grenzen analog der Theilung einer res communis möglich wird [1]). In einzelnen Territorien Deutschlands sind sämmtliche landwirthschaftliche Grundstücke unter öffentlicher Autorität vermessen, also ihr Flächeninhalt festgestellt, ebenso ihre Figur d. h. die Grenzen auf Karten verzeichnet.

---

[1]) Vgl. unten Kap. 17.

II. Von den beweglichen Gütern.

§. 22.

Sie sind entweder natürliche oder fingirte Sachen; die ersteren zerfallen in einfache und zusammengesetzte. Die römischen Juristen lassen daher alle beweglichen Gegenstände zerfallen in corpora unita, connexa und corpora quae ex distantibus constant [1]).

A. Die natürlichen Sachen.

1. Die einfachen Sachen, corpora unita.

§. 23.

Diese sind:

a) Thiere, se moventia. Sie zerfallen in gezähmte (Hausthiere) [2]) und wilde, und die letzteren sind entweder im Besitze ihrer natürlichen Freiheit oder eingefangen [3]). Zu den letzteren gehören namentlich gefangene Fische, welche in Behältern aufbewahrt werden.

b) Leblose Gegenstände, res mobiles im engeren

---

[1]) L. 30. pr. D. d. usurp. (41. 3.): — Tria autem genera sunt corporum. Unum quod continetur uno spiritu et Graece ἡνωμένον id est unitum vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum, quod ex contingentibus hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον id est connexum vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex.

[2]) Vgl. Deg.: IX. 1: Si quadrupes pauperiem fecise dicatur.

[3]) L. 1. §. 10. eod: — In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet.

Sinne[1]). Sie sind entweder ursprünglich vorhanden oder entstehen durch Trennung. Werden sie vom Grund und Boden getrennt, so werden sie unter den allgemeinen Begriff ruta caesa[2]) zusammengefaßt. Besonders sind hier zu nennen die vom Boden getrennten Früchte. Man unterscheidet hiernach fructus pendentes und separati.

2. Die zusammengesetzten Sachen, corpora connexa[3]).

§. 24.

Diese sind Erzeugnisse der Manufactur-Industrie, also Fabrikate im weiteren Sinne des Wortes; — alle Compositionen, welche unmittelbar durch das Wirken von Naturgesetzen entstehen, werden von den römischen Juristen als einfache Sachen, corp. unita, aufgefaßt. Zum Begriff eines corpus connexum gehört aber andrerseits noch wesentlich, daß seine Theile erkennbar und trennbar sind. Daher sind chemische Fabrikate davon gänzlich ausgeschlossen. Corpora connexa sind also nur solche Fabrikate, deren Theile rein mechanisch d. h. mittelst Adhäsion, Schwere und Widerstandskraft zusammenhängen[4]) oder zwar durch Cohäsion[5]), aber in der Art, daß die Theile noch vollständig erkenn- und trennbar sind, wie bei einer Statue, deren Arme angelöthet sind[6]).

---

[1]) L. 93. D. d. V. S. (50. 16). Moventium, item mobilium appellatione idem significamus; si tamen apparet, defunctum animalia duntaxat, quia se ipsa moverent, moventia vocasse; quod verum est.

[2]) L. 241. eod.

[3]) Die Theorie bezeichnet das corpus connexum durch den Ausdruck: universitas rerum cohaerentium. Es ist gar kein Grund vorhanden, den sehr guten Ausdruck der Quellen zu verändern.

[4]) Cit. l. 30. pr. D. d. usurp. (41. 3): — aedificia, navis, armaria.

[5]) Der Ausdruck ist hier im physikalischen Sinne genommen.

[6]) L. 23. §. 5. D. d. R. V. (6. 1). Non idem in eo quod adplumbatum sit. — —

§. 25.

Zum Begriff einer jeden natürlichen Sache gehört wesentlich, daß sie ein selbständiger, für sich bestehender Gegenstand ist. Erst dadurch wird sie eine Sache im technischen Sinne des Worts. Keine Sachen sind daher die Theile des Bodens (§. 17), wenn sie gleich im Verkehr als solche behandelt werden [1]). Haben sie den Zweck, vom Boden getrennt und dadurch selbständige Gegenstände zu werden, so heißen sie res futurae [2]). Die fructus pendentes werden erst als separati selbständige Gegenstände, — Sachen. Auch der Foetus der Thiere ist keine Sache, bis er vollständig von der Mutter getrennt ist [3]). Dasselbe gilt von den natürlichen Erzeugnissen der Viehzucht: Eier, Milch, Haare, Wolle, Federn 2c. Keine Sachen sind endlich die Theile einer res connexa [4]).

§. 26.

Eine Sache kann ihre Selbständigkeit verlieren und aufhören, Sache zu sein, dadurch, daß sie Theil des Bodens oder einer beweglichen Sache wird, möge diese ein Unitum oder Connexum sein. Die Sache, deren Theil sie wird, heißt Hauptsache. Die letztere ist immer diejenige, welche sich bei der eintretenden Verbindung passiv verhält; die Accession ist die hinzutretende, accedirende [5]). Keineswegs liegt der Begriffs-

---

1) Verkauf der Früchte auf dem Halm kommt sehr häufig vor.

2) L. 15. pr. D. d. pign. (20. 1): Et quae nondum sunt, futura tamen sunt. — —

3) Cit. L. 15: — ut fructus pendentes, partes ancillae, foetus pecorum.

4) Vgl. §. 24. Eine andere Frage ist, ob sie nicht unter Umständen juristisch als Sachen behandelt werden. Vgl. unten §. 36 Nr. 2.

5) Eine andre Frage ist die, ob nicht in concreto aus besonderen Gründen juristisch die accedirende Sache als die Hauptsache behandelt wird. Nationalök. und Jurisprudenz. Heft I. S. 37.

unterschied in dem Werth der verbundenen Sachen. Der Begriff der Accession beschränkt sich auf den Fall, wo die accedirende Sache wirklich ein Theil der andern sein kann; cessirt mithin in dem Falle, wo eine rohe Masse Materie einer kleinen Masse derselben Art accedirt.

§. 27.

Mehrere Sachen können durch ihre Vereinigung zu Einer Sache ihre Selbständigkeit verlieren, und dadurch aufhören Sachen zu sein. Dies ist der Fall, wenn sie durch Cohäsion [1]) oder chemisch mit einander verbunden, oder mechanisch zu einem Fabrikat vereinigt werden. Hier findet ein Verhältniß von Haupt- und Nebensache nicht Statt. Eine eigenthümliche bildliche Anschauung römischer Juristen hat eine Vereinigung von Sachen zu einem Fabrikat zu einer durch Accession gemacht. Ein Schiff ist ohne Zweifel ein Fabrikat, an dem man keine Haupt- und Nebensache unterscheiden kann. Dennoch hat man den Kiel nach Analogie des Grund und Bodens aufgefaßt und alles übrige Material, aus dem das Schiff besteht, als accedirende Sachen behandelt.

§. 28.

Keine Verbindung von Sachen entsteht durch das bloße Aneinanderliegen von Sachen in einem Haufen. Durch das Eintreten eines solchen rein örtlichen Verhältnisses der Sachen zu einander verlieren diese ihre Selbständigkeit nicht.

§. 29.

Von den natürlichen Theilen einer Sache sind die juristi-

---

[1]) Dahin gehört das Zusammenschmelzen, -schweißen, -löthen von Metallmassen oder metallenen Gegenständen; auch das Zusammenmischen von Flüssigkeiten; die Auflösung von festen Körpern in Flüssigkeiten.

[2]) L. 61. D. d. R. V. (6. 1).

schen zu unterscheiden. Bewegliche Sachen können juristisch als Theile anderer unbeweglicher oder beweglicher Sachen gelten. Diese nennt man Pertinenzen. Sie sind insoweit Theil der Hauptsache, als eine rechtliche Disposition über diese stillschweigend auch sie ergreift[1]). Pertinenz wird eine Sache nur durch den Willen des Eigenthümers. Dieser muß regelmäßig aus concludenten Thatsachen geschlossen werden. Dazu genügt aber nicht, daß sie dem Gebrauche der Hauptsache dient und es bleibt als sicheres Kriterium der Pertinenzqualität Nichts übrig, als der Umstand, daß Sachen wie die fragliche, überhaupt oder an dem Orte, wo sich die Hauptsache befindet, als Pertinenz gelten d. h. in allen Verkaufsfällen stillschweigend als mitverkauft angesehen werden[2]). Die Pertinenzqualität ist oft durch locales Gewohnheitsrecht oder locale gesetzliche Bestimmung (namentlich in Stadtrechten) festgestellt. Im Zweifel ist gegen die Pertinenzqualität zu interpretiren d. h. die fragliche Sache als mitverkauft oder mitlegirt nicht anzusehen.

§. 30.

Die beweglichen Sachen vereinigen sich durch gemeinschaftliche Merkmale zu Gattungen und es entsteht für sie die Unterschei-

---

[1]) Die Pertinenzqualität eines Grundstücks ist ein besonderer Begriff und daraus, daß ein Grundstück Pertinenz eines andern Grundstücks ist, folgt keineswegs, daß die rechtliche Disposition über das Hauptgut auch die Pertinenz ergreift. Inwiefern und inwieweit ein Grundstück Pertinenz eines andern ist, und, welchen Einfluß eine rechtliche Disposition über das Hauptgut auf die Pertinenz hat, ist quaestio facti. Ein Grundstück kann lediglich in staatsrechtlicher Beziehung z. B. rücksichtlich der Erhebung der Grundsteuer oder der Landstandschaft Theil eines andern Grundstücks sein.

[2]) Vgl. Puchta Pand. §. 37. Note i und k. Es ist richtig, daß nicht die einzelnen Entscheidungen römischer Juristen über Pertinenzqualität maßgebend sind; es muß aber auch andrerseits behauptet werden, daß alle objective Theorie über Pertinenzqualität unfruchtbar ist. Keine dieser Theorien hat bisher der Praxis genügt.

dung von genus und species. Alle Species derselben Gattung sind, genau betrachtet, Sachindividuen; denn keine gleicht ganz der andern. Aber der individuelle Unterschied der zu einer Gattung gehörigen kann so gering sein, daß derselbe im Verkehr nicht in Betracht kommt. Dann heißen sie fungibel, insofern eine die andere vertritt. Sie kommen daher nur als Quantitäten in Betracht, und werden daher auch von den römischen Juristen als solche definirt, quae numero, pondere et mensura consistunt [1]).

§. 31.

Jede Sache wird durch ihren Gebrauch abgenutzt und ist daher in sofern stets consumptibel. Es giebt aber Sachen, die nur durch ihren Verbrauch gebraucht werden können [2]).

B. Fingirte Sachen.

§. 32.

Mehrere selbständige Sachen werden, wenn sie örtlich, also ohne ihre Selbständigkeit einzubüßen, zu einem gemeinschaftlichen wirthschaftlichen Zwecke vereinigt sind, im Verkehr als Ein Object angesehen. Diese Auffassung ist auch die juristische, jedoch beschränkt auf den Fall einer Vereinigung gleichartiger Gegenstände [3]). So verbundene Sachen heißen ebenfalls univer-

---

1) L. 2. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1).

2) Nationalök. und Jurispr. Heft II. S. 9. Note 19.

3) Bei den römischen Juristen heißt eine solche Einheit von Sachen: corpus, quod ex distantibus constat im Gegensatz zum corpus connexum und corpus unitum. Cit. l. 30. pr. D. d. usurpat. (41. 3). Zum Begriff gehört wesentlich Gleichartigkeit der Sachen. Dies ergiebt sich aus den angeführten Beispielen: grex, equitium, armamenta in L. 1. §. 3. D. d. rei vind. (6. 1); auch aus den Beispielen in cit. l. 30, wo der Begriff im weitesten Sinne definirt wird: — populus, legio, grex. Dagegen ist Fungibilität der einzelnen Sachen nicht erforderlich, es steht mit

sitas, aber zur Unterscheidung von Erzeugnissen der Manufactur-Industrie, rerum distantium.

Zweites Kapitel.

Die materiellen Güter als Besitz- und Eigenthumsobjecte.

§. 33.

Das Eigenthum (dominium) ist ein ideelles Gut, dessen Realisirung der Besitz ist. Daraus folgt: Nur, was besessen werden kann, kann Gegenstand des Eigenthums sein. Gegenstände, welche theils ihrer großen Ausdehnung wegen, theils wegen mangelnder Stabilität der physischen Herrschaft eines Einzelnen nicht unterworfen sein können, sind: das Meer, die Luft und das fließende Wasser. Sie sind daher nur Gegenstände des Gebrauchs, und da sie nicht Theile irgend eines Staatsgebiets sind, — des gemeinen Gebrauchs aller Menschen[1]). Daher heißen sie: res omnium communes. Davon ist jedoch der Meeres-Strand, obgleich jure gentium Theil des Meeres (§. 4), nach römischem Rechte insoweit ausgenommen, als er, soweit das Meer den römischen Staat begrenzte, als Theil des Staatsgebiets betrachtet wurde[2]). Auch heutzutage pflegt in allen

---

dem Begriff nicht in Widerspruch, daß die corpora individuelle Unterschiede zeigen. Unrichtig ist es, wenn Puchta auch ein Waarenlager als universitas rerum bezeichnet (Pand. §. 35). Die Eigenthümlichkeiten bei der Verpfändung eines Waarenlagers, — welche ihn offenbar zu dieser Ansicht verleitet haben — lassen sich auf andere Weise und viel besser erklären, als dadurch, daß man das Waarenlager als eine Einheit von Sachen nimmt.

[1]) L. 3. §. 1. D. Ne quid in loc. public. (43. 8): Maris communem usum omnibus hominibus.

[2]) L. 3. pr. eod.: Litora, in quae imperium populus Romanus habet, populi Romani esse arbitror (Celsus).

vom Meere bespülten Staaten derselbe Grundsatz befolgt zu werden [1]). — An einzelnen ausgeschiedenen Theilen oder Quantitäten des Meeres, der Luft und des fließenden Wassers ist Besitz und folglich auch Eigenthum möglich.

§. 34.

Die res sacrae, sanctae und religiosae gehören zu Niemandes Vermögen [2]). Außerdem giebt es Gegenstände, welche aus Rücksicht der öffentlichen Wohlfahrt dem Eigenthum entzogen sind. Diese heißen res publicae. Als solche gelten bei den Römern außer dem Meeres-Strande ihres eignen Staats:

1) Die perennirenden Flüsse [3]). In Deutschland ist nie ein Unterschied von perennirenden und nicht perennirenden Flüssen, ja, auch juristisch nicht zwischen Flüssen und Bächen gemacht worden. Sie alle galten als des „Reiches Straße" und sind daher res publicae. Aber nicht bloß einzelne Flüsse sind in Deutschland als Besitz- und Eigenthumsobjecte, sondern auch einzelne stehende Gewässer als öffentliche behandelt worden, und das römische Recht hat diese bestehende Rechtsanschauung und die vorhandenen daraus entsprungenen Gerechtsame nicht beseitigen können. Daß die Flüsse und Bäche res publicae sind, ist daher nur die gemeinrechtliche Regel, von welcher Ausnahmen vorkommen. Alle Gewässer können in Deutschland Besitz- und Eigenthumsobjecte sein [4]).

---

[1]) Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts Bd. I. S. 312 und 313.

[2]) L. 1. pr. D. d. divis. rer. (1. 8): Quod autem divini juris est, id nullius in bonis est.

[3]) L. 1. §. 3. D. d. fluminibus. (43. 12). Fluminun quaedam publica sunt; quaedam non; publicum flumen Casisus definit, quod perenne est; haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis (Ulpian.)

[4]) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 268.

2) Landstraßen und Communicationswege[1]). Zum Begriff des res publica gehört, daß auch einzelne Terrains derselben nicht zu Eigenthum occupirt werden können. Dies drückten die Römer dadurch aus, daß sie sie als res publicae populi Romani bezeichneten[2]). Auch sie sind also nur Gegenstände des Gebrauchs, aber da sie Theile des Staatsgebiets sind, nicht res omnium communes[3]).

§. 35.

Es giebt ferner Besitz- und Eigenthumsobjecte, welche ihrem Zwecke nach nur res universitatis d. h. einer Gemeinde, nicht res singulorum sein können. Abusiv werden sie von römischen Juristen ebenfalls res publicae genannt[4]). Dahin gehören in den Städten die Straßen, die öffentlichen Plätze und öffentlichen Gebäude.

§. 36.

Es giebt ferner Gegenstände, welche zwar in Jedermanns Besitz und Eigenthum stehen können, aber herrenlos sind, — res nullius. In civilisirten Staaten kommen nur bewegliche Sachen als herrenlose vor. Als herrenlos behandelt soll jedoch ein Grundstück werden, wenn sein Eigenthümer es

---

[1]) L. 2. §. 22. D. Ne quid in loco publico (43. 8): — — Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt; has quoque publicas esse quidam dicunt, quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. Vgl. Eichhorn §. 272.

[2]) Man spricht bei res publicae gewöhnlich von Staatseigenthum im Gegensatz von Privateigenthum. Richtiger wäre es, den Begriff „Eigenthum" überhaupt auf das Privatrecht zu beschränken.

[3]) pr. §. 2. J. d. rer. divis. (2. 1).

[4]) L. 15. D. d. V. S. (50. 16): Bona civitatis abusive publica dicta sunt; sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt. l. 16. eod.: civitates enim privatorum loco habentur.

zum Nachtheil der Cultur und sonstigen öffentlichen Interesses verläßt, ein Anderer es in Besitz nimmt, anbaut und von Jenem nicht innerhalb zweier Jahre wegen der gemachten Verwendungen und Ausgaben entschädigt wird [1]). Herrenlose bewegliche Sachen sind: 1) die wilden Thiere in ihrer natürlichen Freiheit [2]). Nur ist hier für Deutschland zu beachten, daß Wild auf Privatgrundstücken und Fische in Privatgewässern als Theile der Grundstücke behandelt werden [3]). 2) Sachen, die in der Gewalt der Feinde sich befinden [4]); 3) Schätze d. h. ein verborgener Werth, dessen Eigenthümer durch die Länge der Zeit gänzlich unbekannt geworden ist [5]); 4) derelinquirte Sachen. Zur Dereliction gehört der Wille des Eigenthümers, das Eigenthum aufzugeben, und die Erklärung dieses Willens; außerdem aber ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache von sich oder sich von der Sache entfernt [6]).

§. 37.

Um überall die Grenzen zwischen Mein und Dein ziehen zu können, mußte das Civilrecht nothwendig den Grundsatz aufstellen, daß nur selbständige und allseitig bestimmte Objecte

---

[1]) L. 8. C. d. omni agro des (11. 58).

[2]) L. 1. §. 1. 2. 3. pr. D. d. A. R. D. (41. 1): Omnia igitur animalia, quae mari, terra, coelo capiuntur, id est ferae bestiae, volucres, pisces, capientibus fiunt; vel quae ex his apud nos sunt edita Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.

[3]) Vgl. oben §. 18. Eichhorn a. a. O. §. 267. 269. IV. Es giebt daher nach deutschem Rechte Fisch- und Wilddieberei. Vgl. Heffter gem. D. Criminalrecht §. 523.

[4]) L. 5. §. 7. l. 51. §. 1. eod.

[5]) L. un. C. d. thesauris (10. 15.) L. 31. §. 1. D. d. A. R. D. (41. 1): Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat.

[6]) §. 47. J. d. rer. divis. (2. 1): Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet. Es wird also für die Dereliction das Gegentheil einer Occupation erfordert.

Gegenstände des Besitzes und Eigenthums sein können. Es giebt also,

1) was den Grund und Boden betrifft, Besitz und Eigenthum nur an einem Fundus, nicht an einem Locus, mithin nicht an einem Wald, See rc., wenn sie nicht durch feste Grenzen eingeschlossen sind [1]).

Die Grenzen des Besitzobjects fallen jedoch nicht nothwendig mit den Grenzen des Eigenthumsobjects zusammen. Denn ein Territorium, das Jemand besitzt, kann einen Theil des benachbarten Grundstücks umfassen und so können die Grenzen des Besitzes und des Eigenthums verschieden sein.

2) was bewegliche Gegenstände betrifft, nur Besitz und Eigenthum an solchen, welche die Eigenschaft einer Sache haben (§. 25). Hieraus folgt, daß Besitz und Eigenthum an einer Sache erlischt, wenn sie durch Verbindung mit einer andern diesen Character verliert, sei es daß sie Theil derselben wird (§. 26) oder nicht (§. 27); und hieraus weiter: — daß Besitz und Eigenthum an einer Sache unberührt bleibt, wenn diese durch eine Accession sich vergrößert, ja streng genommen, würde folgen, daß Besitz und Eigenthum an der Hauptsache den accedirenden Theil mit ergreift. Alle die Consequenzen gelten denn auch vollständig, wenn es sich um Sachen desselben Eigenthümers handelt. Werden aber Sachen verschiedener Eigenthümer verbunden, so finden aus Rücksichten der Aequität Ausnahmen von der Regel statt, wenn die mit einander verbundenen

---

[1]) L. 3. §. 2. D. d. acq. vel amitt. poss. (41. 2): Incertam partem rei possidere nemo potest. L. 6. pr. D. d. R. V. (6. 1): Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam aut partem et quantam petat. Es folgt, daß, wenn das Eigenthum an einem praedium rusticum geltend gemacht werden soll, dessen Grenzen nicht feststehen, diese erst mittelst der act. finium regundorum festgestellt werden müssen.

Sachen als selbständige noch erkennbar und trennbar sind, sodaß der frühere Zustand wieder hergestellt werden kann. Alsdann bleiben sie besondere Besitz- und Eigenthumsobjecte, weder Besitz noch Eigenthum an einer derselben erlischt durch die Verbindung. So 1) das Material, welches in ein Gebäude oder in einen Weinberg verbraucht ist[1]), wenn der Eigenthümer des Materials es nicht vorzieht von der actio de tigno juncto auf den doppelten Werth desselben Gebrauch zu machen[2]); 2) der Theil einer res unita[3]), z. B. der Arm einer Statue, der an eine fremde Statue bloß angelöthet ist[4]); 3) die Theile eines corpus connexum (univers. rerum cohaerentium), z. B. das Rad an einem Wagen, der Stein in einem Ringe[5]); 4) zusammengeschmolzene Metalle verschiedener Art[6]). Daneben ist aber insoweit die Regel festgehalten, daß 1) im Falle der Accession die Geltendmachung des Eigenthums durch den accedirenden Theil nicht gehindert wird, also die Sache mit ihrer Accession vindicirt werden kann; 2) die Vindication der Accession bis zur

---

[1]) L. 7. §. 10. D. d. A. R. D. (41. 1): Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit ejus dominus esse.

[2]) L. 1. D. d. tigno juncto (47. 3). L. 23. §. 6. D. d. R. V. (6. 1): — — sed est antiqua actio de tigno juncto, quae in duplum ex lege duodecim tabularum descendit.

[3]) L. 30. pr. D. d. usurp. (41. 3).

[4]) L. 23. §. 5. D. d. R. V. (6. 1): — — si statuae suae ferruminatione brachium junctum sit, unitate majoris partis consumi, et quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo quod applumbatum sit.

[5]) cit. l. 30. §. 1. D. d. usurp. (41. 3): Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum. L. 7. §. 1. D. ad exhibend. (10. 4).

[6]) L. 12. §. 1. D. d. A. R. D. (41. 1): — cum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus seperari et in pristinam materiam, reduci solent.

Trennung derselben von der Hauptsache ausgeschlossen ist. Zur Erwirkung solcher Trennung hat das prätorische Edict die actio ad exhibendum gegeben [1]); dabei ist jedoch die Bestimmung des Zwölftafelgesetzes bei Bestand geblieben, daß sich der Eigenthümer des in ein fremdes Gebäude oder einen fremden Weinberg verwendeten Materials mit dem Ersatz des doppelten Werths begnügen muß [2]), wenn er es nicht vorzieht, bis zur Trennung desselben zu warten [3]). Bei den obigen Bestimmungen bleibt rücksichlich der Verbindung beweglicher Sachen das Eigenthum des Fabrikanten am Fabrikat, wenn dieses ganz oder theilweise aus fremdem Material besteht, eine Frage für sich [4]).

§. 38.

Eine universitas rerum distantium wird juristisch ganz wie eine universitas rerum cohaerentium behandelt, die vereinigten Sachen gelten, wenn sie demselben Eigenthümer gehören, als Ein Besitz- und Eigenthumsobject. Kommen fremde Sachen hinzu, so bleiben diese besondere Besitz- und Eigenthumsobjecte, und das Eigenthum daran erlischt nicht, so lange sie kennbar sind. So, wenn unter eine Heerde Schafe ein fremder Bock kommt. Aber in soweit ist die Regel festgehalten, daß die Heerde mit Einschluß des Bockes als Ein Object von einer dritten Person vin-

---

[1]) Cit. l. 23. §. 5. d. R. V. (6. 1). Item quaecunque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur. Cit. l. 7. §. 1. D. ad exhib. (10. 4).

[2]) Cit. l. 23. §. 6. d. R. V. — nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus eum, qui sciens alienum junxit aedibus.

[3]) L. 6. D. ad exhib. (10. 4). Aliter atque in tigno juncto aedibus. — —

[4]) Siehe hierüber Nationalök. und J. S. 28—44. Ueber die Regulierung des Eigenthums, wenn die verbundenen Sachen unscheidbar sind (und keine Fabrikation vorliegt), siehe Nationalök. civilistische Studien I. S. 73—75.

dicirt werden kann, also der Vindicant nicht nöthig hat das Eigenthum an dem Bock zu beweisen, und der Besitzer der Heerde die Restitution des Bockes aus dem Grunde nicht verweigern kann, weil der Vindicant kein Eigenthum daran habe [1]). Ist die Zahl der Corpora beider Eigenthümer gleich groß, so verlieren die hinzugekommenen fremden Corpora die Eigenschaft von Theilen, können also nicht mehr als Accession betrachtet werden, woraus folgt, daß das Ganze nicht mehr Ein Eigenthumsobject eines der beiden Eigenthümer sein kann. Keiner von Beiden kann das Ganze vindiciren [2]). Sind die corpora der verschiedenen Eigenthümer erkenn- und unterscheidbar, so entsteht durch die Vermengung auch kein Miteigenthum nach ideellen Theilen; es kann also auch keiner der Eigenthümer von dem dritten Besitzer eine quota pars des Ganzen vindiciren [3]). Also Jeder vindicirt seine einzelnen corpora.

§. 39.

Besitz und Eigenthum sind durch die Theilbarkeit ihrer Objecte theilbar. Geschieht eine solche Theilung, wenn auch durch einen Zufall, so entstehen ebenso viele Eigenthums- und Besitzobjecte als Theile. Einen Fundus indessen kann nur der Eigenthümer in mehrere Grundstücke theilen; geschieht dies durch den bloßen Besitzer, so hat die Theilung für den Eigenthümer keine verbindende Kraft, d. h. er braucht sich bei der Geltendmachung seines Eigenthums nicht an diese Maßregel des Besitzers zu kehren. Gegen den Besitzer einer certa pars fundi

---

[1]) L. 23. §. 5. D. d. R. V. (6. 1.): — ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, ad et te arietem vindicare posse.

[2]) L. 2. D. eod: Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem — vindicabit.

[3]) Cit. l. 2: — sed ne partem dimidiam totius ejus vindicabit.

hat er also die Wahl, ob er das Eigenthum an dem ganzen Fundus geltend und den in fremdem Besitz befindlichen Theil zum bloßen Restitutionsobject machen oder ob er diesen Locus als besondern Fundus auffassen will. Denn locum a fundo separat nostra affectio[1]).

Drittes Kapitel.

Die materiellen Güter. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums.

§. 40.

Das Eigenthum an Sachen ist theils aus sittlichen, theils aus volkswirthschaftlichen Gründen beschränkt. Das gesellschaftliche Leben der Menschen kann nicht bestehen, wenn Jedermann strenge auf sein Eigenthum besteht. Dennoch mußte das Civilrecht als Grundsatz festhalten: Qui suo jure utitur, neminem laedit, weil sonst alle Rechtssicherheit aufhören würde. Allein es hat dagegen den Grundsatz aufgestellt, daß Niemand zur bloßen Chicane eines Andern sein Eigenthum ausüben und dadurch einen Andern beschädigen dürfe[2]). Außerdem ist verordnet, daß Jeder die Ausbauchung einer Zwischenmauer dulden müsse, wenn diese nicht mehr als einen halben Fuß be-

---

[1]) Cit. l. 60. pr. D. d. V. S. (50. 16). Vgl. oben §. 15; Note 3.

[2]) L. 1. §. 12. pr. D. d. aq. et aq. pl. arc. (39. 3): Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem averterit, nihil posse agi nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.

trägt[1]), daß Niemand einem Andern den Luftzug der Worfeltenne verbauen dürfe[2]) und Jeder einem Andern einen Nothweg durch sein Grundstück einräumen müsse, wenn dieser sonst nicht zu seinem Grundstück gelangen könne[3]). Die Beschränkungen aus volkswirthschaftlichen Gründen beziehen sich zunächst auf die Herstellung nöthiger Communicationen. Jedermann kann gezwungen werden, gegen Entschädigung das nöthige Terrain zu öffentlichen Wegen herzugeben[4]). Sodann ist im Interesse des Bergbaus verordnet, daß jeder Grundeigenthümer verpflichtet ist, einem Andern das Suchen nach Mineralien zu gestatten, wenn dies ohne Beschädigung desselben geschehen kann und ihm zehn Procent vom Gewinn eingeräumt wird[5]). Endlich finden noch Beschränkungen im Interesse der Agricultur-Industrie statt, welche in den folgenden Kapiteln (4. 5. 6) abgehandelt werden sollen.

Viertes Kapitel.

Das Interdictum de glande legenda.

§. 41.

Wenn von den Bäumen eines Grundstücks Früchte auf ein benachbartes Grundstück fallen, so werden sie — was sie consequenterweise eigentlich müßten — nicht res nullius, sondern sie

---

[1]) L. 17. pr. D. d. servit. (8. 5).

[2]) L. 14. §. 1. C. d. serv. (3. 34).

[3]) So der Eigenthümer eines Fundus in fundo. Vgl. oben §. 15 in fine. L. 12. pr. D. d. relig. (11. 7).

[4]) L. 14. §. 1. D. quemadm. serv. (8. 6).

[5]) L. 3. 6. C. d. metallar. (11. 6). L. 13. §. 1. D. comm. praed. (8. 4.)

werden aus Theilen des Grundstücks durch die Separation besondere Eigenthumsobjecte dessen, dem das Grundstück gehört, auf welchem die Bäume stehen. Um aber in den Besitz dieser Früchte zu gelangen, wird die Vindication hier unbrauchbar; denn diese erfordert in der Person des Beklagten den Besitz oder doch mindestens die Detention. Dadurch aber, daß die Früchte in der factischen Gewalt dessen, auf dessen Boden sie gefallen sind, sich befinden, wird dieser nicht Besitzer. Zu diesem Ende müßte er sie apprehendirt haben mit dem animus rem sibi habendi. Auch nicht Detentor, da auch hiezu eine Apprehension erforderlich wäre. Die rei vindicatio bedurfte also hier einer Ergänzung. Es ward eine Klage nöthig, welche pro rei vindicatione war. Der Prätor verfügte daher [1]):

Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto, —

und gab mithin dem Eigenthümer der Früchte das Recht, alle drei Tage [2]) dieselben einzusammeln. Aus diesem Edict entsprang eine Klage, — das interdictum de glande legenda auf Gestattung des Einsammelns. Das Edict redet wörtlich nur von „Eicheln"; der Ausdruck „glans" ist aber von den Juristen in der allgemeinen Bedeutung von „Frucht überhaupt" genommen worden. Glandes nomine omnes fructus continentur.

§. 42.

Was dieses prätorische Edict für einen speciellen Fall verfügte, ist später durch ein anderes Edict generell für ähnliche

---

[1]) L. un. D. d. glande legenda (43. 28).

[2]) Der deutsche Sprachgebrauch unterscheidet: — täglich, einen Tag um den andern, und alle drei Tage; dem entsprechen die römischen Ausdrücke: — quotidie, alternis diebus und tertio quoque die.

Fälle verfügt worden. Der Prätor hat nämlich zur Ergänzung des Rechtsschutzes durch Vindication eine eigne actio ad exhibendum eingeführt, durch welche jeder Eigenthümer den, welcher seine Sache in seiner factischen Gewalt hat, ohne sie zu besitzen, zwingen kann, ihm den Zutritt zu seinem Eigenthum zu gestatten. Diese Klage wird ausdrücklich als nothwendige Ergänzung der Vindication bezeichnet. Haec actio, sagt Ulpian, perquam necessaria est et vis ejus in usu quotidiano est et maxime[1]) propter vindicationem est[2]). Wegen ihrer Verwandtschaft zur rei vindicatio findet Ulpian[3]) es nöthig, ausdrücklich hervorzuheben, daß sie eine actio personalis sei. Man hat also, was die übergefallenen Früchte betrifft, die Wahl zwischen dem Interdictum de glande legenda und der actio ad exhibendum, welche mit einander concurriren.

§. 43.

Aber die actio ad exhibendum ergänzt noch das Interd. de glande legenda, indem sie nothwendig wird, wo das Interdict nicht ausreicht. Dieses ist nämlich beschränkt auf den Fall, wo die Früchte noch existiren; jene competirt allgemein: sive glans exstat sive consumpta est d. h. sie geht auf Schadenersatz, wenn die Früchte durch den Beklagten consumirt sind. Aber nur im Falle des Dolus; denn der Grund, weshalb diese auf Schadenersatz geht, ist lediglich der, daß sie propter vindicationem rei gegeben ist und daher nach Analogie der rei vindicatio behandelt wird; der Grundsatz der Vindication, daß der Besitzer auf Schadensersatz haftet, wenn er dolose die Restitution

---

[1]) „Maxime" d. h. „vorzugsweise"; denn sie dient auch noch zu andern praktischen Zwecken.

[2]) L. 1. D. ad. exh. (10. 4).

[3]) L. 3. §. 3. eod.

unmöglich macht, quia dolo desiit possidere, ist analogisch auf die actio ad exhibendum angewandt. Der zur Exhibition Verpflichtete wird zum Schadensersatz verurtheilt, wenn er die Exhibition durch dolose Consumption der Sache unmöglich gemacht hat[1]).

§. 44.

Den Umfang der actio ad exhibendum und ihr Verhältniß zum Interd. d. gl. legenda setzt Ulpian ausführlich aus einander[2]): — Glans ex arbore tuo in fundum meum incidit, eam ego immisso pecore depasco, qua actione possum teneri? Pomponius scribit, competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, ut glandem comederet. Nam et si glans exstaret nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis aufferre non pateretur. Et placet nobis Pomponii sententia, sive glans exstet sive consumpta sit. Sed si exstat etiam interdicto de glande, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero. Der Beklagte darf aber verlangen, daß Kläger verspricht, ihm den Schaden, den er durch das Einsammeln der Früchte etwa anrichten würde, zu ersetzen. Dazu fügt Ulpian hinzu: si damni infecti cavero[3]).

§. 45.

Die actio ad exhibendum ist noch in anderer Beziehung eine Ergänzung des Interdicts. Dieses kann nämlich nur der

---

[1]) Eine weitere Analogie ist auch die Anwendung des Juramentum in litem auf die actio ad exhibendum. L. 3. §. 2. eod.

[2]) l. 9. §. 1. eod.

[3]) Die Anrichtung eines Schadens ist oft unvermeidlich z. B. wenn die Früchte zwischen stehendem Getreide liegen.

Eigenthümer des Grnndstücks, auf welchem die Bäume stehen, jene Jeder, cujus interest rem exhiberi[1]); anstellen: daher auch der, welcher bloß Eigenthümer der abgefallenen Früchte ist, ohne Eigenthümer des Grundstücks zu sein, ferner der, welcher ein Recht hat, das Eigenthum an den Früchten zu erwerben, ja sogar der bloße Administrant des Grundstücks, insofern er zur custodia verpflichtet ist; auch der Käufer der übergefallenen Früchte, wenn beim Verkauf ausgemacht ist, daß er sie selbst einzusammeln hat.

Fünftes Kapitel.

Das Interdictum de arboribus caedendis.

§. 46.

Ueberhängende Zweige von Bäumen eines benachbarten Grundstücks schaden durch ihren Schatten und durch Feuchtigkeit. Zum Schutze des benachtheiligten oder bedrohten Grundstücks gab der Prätor zwei besondere Edicte de arboribus caedendis[2]):

1. Wenn die Bäume auf ein Gebäude des Nachbarn herabhängen, so kann dieser verlangen, daß nicht bloß der Theil des Baumes, welcher die Grenze überschreitet (superexcurrit), sondern der ganze Baum (a stirpe) weggenommen wird. Anstatt das Interdict d. arb. caed. zu gebrauchen, kann der Kläger

---

[1]) L. 4. §. 9. D. eod: Sciendum est autem, non solum eis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cujus interest, exhiberi. Iudex igitur summatim debebit cognoscere, an ejus intersit, non, an ejus res sit, et sic jubere vel exhibere vel non, quia nihil interest.

[2]) Dig.: XLIII. 27: de arboribus caedendis.

auch, wenn er den Beklagten vergeblich aufgefordert hat, — die Bäume selbst wegnehmen und das Holz behalten[1]).

2. Wenn der Baum bloß über den Acker des Nachbars hängt, so kann dieser nur verlangen, daß die Zweige bis zu einer Höhe von 15 Fuß ringsherum abgeschnitten werden (circumcidantur)[2]). Das Interdict ist besonders gegen diejenigen Bäume und Sträuche gerichtet, welche ihre Zweige auf den Boden lagern oder in der Nähe des Bodens Zweige treiben und so einen fortwährenden Schatten und eine fortwährende Feuchtigkeit erzeugen[3]).

Für den besonderen Fall, wo ein Baum durch Sturm auf die Seite gelegt ist, und in den Raum des benachbarten Grundstücks hineinragt, haben schon die Zwölftafeln eine Klage auf Wegnahme des Baumes gegeben. Die Klage ist hier die actio negatoria, welche auf diesen Fall ausgedehnt ist — jus ei non esse ita arborem habere[4]).

Sechstes Kapitel.

Die Actio aquae pluviae arcendae.

§. 47.

Landwirthschaftliche Grundstücke oder Theile derselben bilden sehr häufig schiefe Ebenen, sodaß das darauf fallende Regenwasser, soweit es nicht in den Boden einsickert, auf oder über

---

[1]) L. 1. §. 2. h. t.

[2]) Cit. l. 1. §. 7. 8. eod.

[3]) Cit. l. 1. §. 9. eod. Differentia duorum capitum interdicti haec est, si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur, si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coërceri.

[4]) L. 2. eod.

das benachbarte Grundstück strömt. Dies kann für den Fundus inferior vortheilhaft sein, indem das abfließende Regenwasser vom Fundus superior Dungkräfte abführt, welche dem Fundus inferior zu Gute kommen; ferner dann, wenn der letztere leichten, sandigen Boden hat, welcher der Bewässerung bedarf. Andererseits kann es ihm aber auch nachtheilig sein; einmal bei Sturzregen, welche zerstörend auf die Oberfläche bestellter Aecker und die Saaten einwirkten; ferner, wenn der Fundus inferior in der wagerechten Ebene liegt, wo sich das von den benachbarten Grundstücken herabfließende Regenwasser in Menge ansammelt, und dieser Nachtheil wird sehr bedeutend bei Feldern, welche vermöge ihrer natürlichen Bodenbeschaffenheit das Wasser nur bis zu einer bestimmten Tiefe eindringen lassen, sodaß, nachdem die Oberfläche mit Wasser gesättigt ist, der Ueberschuß stagnirtes Gewässer bildet. Diese natürliche Situation giebt den benachbarten Grundeigenthümern keine Veranlassung zur Beschwerde gegen einander, und das Civilrecht hat das hier wirkende Naturgesetz in dem Grundsatze bestätigt, daß den Fundus inferior die natürliche Servitut treffe, das nach dem Gesetz der Schwere abfließende Regenwasser des Fundus superior aufzunehmen.

§. 48.

Streit entsteht erst, sobald ein Nachbar auf seinem Grundstück eine Einrichtung trifft, welche den natürlichen Abfluß des Regenwassers ändert, und dadurch den andern benachtheiligt. Ein solches Opus in solo factum kann entstehen sowohl auf den Fundus inferior als superior. Der Eigenthümer des ersteren kann sein Feld schützen durch Anlegung eines Dammes (agger), was um so leichter geht, wenn das natürliche Gefäll des Wassers nur gering ist, sodaß eine sehr geringe Boden-

erhöhung genügt, um das Wasser auf dem Fundus superior zu stagniren; oder durch Anpflanzung von Weidengebüsch (salicta), wodurch der Lauf des Wassers retardirt wird, sodaß es also langsamer abfließt und eine temporäre Stagnation auf dem Fundus superior bewirkt. Der Eigenthümer des letzteren kann, um den Abfluß des Regenwassers zu beschleunigen, damit nicht zuviel in seinen Boden dringt, das Wasser durch zweckmäßig angelegte Kanäle, Wasserfurchen (sulcos) oder in die Erde gelegte Drains (fistulas) sammeln und diese in größere Kanäle oder Gräben (fossas) einmünden laßen, welche dann das Wasser reichlicher oder schneller oder reißender auf den Fundus inferior führen und dadurch Schaden anrichten. Dasselbe kann geschehen, wenn auf dem Fundus inferior ein Damm angelegt wird, in Folge dessen das Wasser anstatt auf sein auf ein anderes nahegelegenes Grundstück strömt. Endlich kann der Eigenthümer des Fundus superior das Regenwasser zu wirthschaftlicher Verwendung einfangen und retiniren und dadurch dem Fundus inferior die nöthige Bewässerung entziehen.

§. 49.

Der Grundeigenthümer, der das Opus herrichtet, wird sich hier damit entschuldigen, daß er auf seinem Grund und Boden jure dominii machen könne, was er wolle: — qui suo jure utitur, neminem laedit, und lange Zeit galt solche Entschuldigung in Rom als eine rechtliche. Allein dieser Zustand widersprach nicht bloß der Humanität, sondern auch der öffentlichen Wohlfahrt, indem dadurch die Agricultur-Industrie überhaupt benachtheiligt wurde. Denn dadurch hatte es Ein Grundbesitzer in seiner Macht, den Fruchtertrag vieler anderer Landwirthe zu verringern oder ganz zu vernichten. Das prätorische Edict, gestützt auf die öffentliche Meinung, beschränkte daher die

Befugnisse des Eigenthümers und stellte den Grundsatz auf, daß Niemand berechtigt sein solle, auf seinem Grundstücke eine Einrichtung zu treffen, durch welche zum Nachtheil anderer Feldgrundstücke der natürliche Lauf des Regenwassers verändert würde, und gab dem durch ein solches Opus in solo factum bedrohten Grundeigenthümer eine Klage auf Beseitigung solcher Einrichtung: — die actio aquae pluviae arcendae[1]). Die factische Voraussetzung und der Gegenstand derselben ist demnächst durch die Interpretation der Juristen näher festgestellt worden.

§. 50.

Anlangend die Worte des Edicts[2]), so wird zunächst fraglich, wie der Ausdruck „aqua pluvia" zu verstehen sei. Man war darüber einig: aquam pluviam dicimus, quae de coelocadit atque imbre excrescit[3]). Aber wie? wenn das Regenwasser für sich allein ganz unschädlich ist und nur in Gemeinschaft mit anderem Gewässer schadet? z. B. ein Grundeigenthümer gräbt die Ufer eines Sees oder Baches ab, sodaß, wenn diese Gewässer bei eintretendem starkem Regen anschwellen, für das benachbarte Feld eine Ueberschwemmung eintreten kann? Der Jurist Tubero schloß hier die Klage aus. Andere, wie Ulpian, erblickten hierin mit Recht eine ganz unmotivirte Restriction der Edictsworte und ließen die Klage zu: sive per se haec aqua coelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit[4]), und diese Ansicht wurde die geltende.

---

[1]) Dig.: XXXIX. 3. d. aqua et aquae pluviae arcendae.

[2]) Sie sind verloren gegangen, aber aus der Interpretation der Juristen erkennbar.

[3]) L. 1. pr. eod.

[4]) Cit. l. 1. pr. eod.

§. 51.

Ferner: — was heißen die Worte „damnum dabit"? Es war bei den Juristen kein Streit darüber, daß ein bereits eingetretener Schade nicht wesentlich zur Voraussetzung der Klage gehöre, sondern, daß es genüge, wenn ein Schade drohe. Haec actio locum habet in damno nondum facto[1]).

§. 52.

Das Edict sagt schlechtweg: si cui aqua pluvia damnum dabit. Diese Worte könnten zu der Ansicht führen, daß auch, wenn aus dem natürlichen Laufe des Regenwassers Schaden drohe, die actio aquae pluviae arcendae competire. Die Juristen sprechen daher ausdrücklich aus: haec actio toties locum habet, quoties manu facto opere agro aqua nocitura est, id est, quum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret; quodsi natura aqua noceret, ea actione non continetur[2]). Wenn also auch der Schade ex opere in solo facto droht, aber das Opus durch die Natur selbst, nicht durch Menschenhand, gemacht ist, so cessirt die Klage.

§. 53.

Wie? Wenn das Opus ein manu factum ist, aber in Folge gesetzlicher Vorschrift z. B. es ist durch ein Gesetz die Anlegung eines Deiches angeordnet, oder in Kriegszeiten die Aufwerfung von Schanzen? Es war außer Zweifel, daß die Klage hier cessiren müsse[3]).

§. 54.

Eine weitere Frage war: — Wenn nicht der Eigenthümer des benachbarten Grundstücks, sondern irgend ein

[1]) Cit. l. 1. §. 1. eod.
[2]) Cit. l. 1. §. 1. eod.
[3]) L. 2. pr. eod.

Dritter das Opus angelegt hat? Auch hier entschied man einstimmig, daß die Klage competiren müsse gegen den Grundeigenthümer des Opus; allein er könne nur alternativ verpflichtet sein, entweder das Opus auf Kosten des Klägers wegzunehmen oder demselben die Wegnahme zu gestatten. Aquae pluviae arcendae actio, schreibt Julian, non nisi cum domino esse. Idcircoque si colonus ignorante domino opus fecerit, dominum fundi nihil amplius, quam patientiam praestare debere [1]).

§. 55.

Ein besonderer Fall war noch, wenn das Opus ohne Zweifel von Menschenhand herrührt, aber über Menschen Gedenken hinaus existirt. Hier trat der allgemeine Rechtsgrundsatz in Anwendung, daß die vetustas dem Gesetze gleichgeachtet wird; also die actio aquae pluviae arcendae ausgeschlossen ist. Weder die Abräumung noch die Gestattung der Abräumung kann hier verlangt werden. Daher sagt Paulus: In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur [2]). Indessen entscheidet Labeo: Wenn das vetus opus in einem Graben besteht, welcher zur Entwässerung der Felder angelegt ist, und dieser durch zwei oder mehrere Grundstücke sich hinzieht: — dann müsse, wenn der Graben zugewachsen sei oder sonst sich angefüllt habe und dadurch zum Nachtheil des Fundus superior das Wasser aufgestaut werde, die actio aquae pluviae arcendae competiren dahin, daß der Eigenthümer des Fundus inferior die Aufräumung des Grabens gestatte. Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum

---

[1]) L. 4. §. 2. eod.

[2]) L. 2. pr. eod.

causa nec memoriam exstare, quando facta esset, hanc inferior vicinus non purgabat; sic fiebat, ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret; dicit igitur Labeo, aquae pluviae arcendae cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret aut te pateretur in pristinum statum redigere [1]). Ferner entscheidet er: Wenn ein solcher Graben sich auf der Grenze zweier Grundstücke befinde, — auch dann könne der Eigenthümer des Grundstücks, dem der Nachtheil drohe, verlangen, daß ihm gestattet werde, den Graben (soweit er sein Gebiet berührt) zu reinigen [2]).

§. 56.

Alle Juristen waren darüber einig, daß die Klage auch dann, wenn weder lex noch natura loci noch vetustas den Beklagten schützte, nicht ausnahmslos competire. Ueber die Frage: unter welchen Umständen? traten verschiedene Ansichten hervor. Die Einen behaupteten, die Klage cessire, wenn das Schaden drohende Opus als eine nach den Grundsätzen der Privatökonomie zu rechtfertigende Maßregel zu betrachten sei, d. h. also, daß ein solches Opus zur ordentlichen Bewirthschaftung eines Feldes gehöre. Darnach wären alle Anlagen erlaubt, welche die Entwässerung, überhaupt Melioration des Bodens bezwecken. So Sabinus und Cassius: — nisi si quid agri colendi causa fiat [3]). Mucius beschränkt dies auf diejenigen Anlagen, welche mit dem Pfluge gemacht würden. De eo opere, quod agri

---

[1]) L. 2. §. 1. eod.

[2]) Cit. l. 2. §. 2. eod. In einzelnen Ackerbau-Staaten Deutschlands ist in diesen Fällen dem Eigenthümer des Fundus inferior die unbedingte Pflicht auferlegt worden, dem des Fundus superior Vorfluth zu verschaffen.

[3]) L. 1. §. 8. eod.

colendi causa aratro factum sit, non competere hanc actionem [1]). Trebatius hält auch die mit dem bloßen Pfluge gemachten Anlagen für unerlaubt, wenn lediglich allgemein Melioration des Bodens beabsichtigt wird; er verlangt, daß sie gemacht werden aus Rücksicht auf die einzelne bestimmte Erndte, also um eine gute oder überhaupt eine Erndte zu haben: — non quod agri sed frumenti duntaxat quaerendi causa aratro factum sit, solum excipit [2]). Dieser Ansicht ist auch Labeo, welcher jedoch zu diesem Zweck nicht bloß die mit dem Pfluge, sondern alle und jede Anlagen für gerechtfertigt hält: — quaecunque frugum fructuumque recipiendorum causa fierent, extra hanc esse causam [3]). Dagegen hält Mucius andere Anlagen, als mit dem Pfluge gemacht, nur für erlaubt: si aliter arare et serere non possit [4]), wenn also ohne sie eine Bestellung des Ackers unmöglich wäre.

§. 57.

Da in den Digesten diese verschiedenen Ansichten einfach aufgeführt werden, ohne daß angegeben worden, welche von Justinian recipirt sei: so bleibt die Frage offen, welche Ansicht als geltendes Recht zu betrachten sei? Es kann

1) keinem Zweifel unterliegen, daß das prätorische Edict unter opus manufactum nicht Arbeiten und Veränderungen an der Oberfläche des Bodens, welche als ordnungsmäßige Bestellung des Feldes zu betrachten sind, verstanden habe. Wird also der Boden verändert durch Pflügen, Eggen oder

---

[1]) Cit. l. 1. §. 2. eod.
[2]) Cit. l. 1. §. 3. eod.
[3]) Cit. l. 1. §. 7. eod.
[4]) Cit. l. 1. §. 5. eod.

Walzen des Bodens, so ist die actio aquae pluviae arcendae ausgeschlossen.

2) Außerdem kann nur eine Ausnahme Statt finden, wenn ein Nothstand vorliegt, d. h. wenn der Acker überhaupt nicht bestellt werden (nicht gepflügt oder gesäet werden) kann, ohne Veränderungen mit dem Boden zu treffen, durch welche der Lauf des Regenwassers zum Nachtheil des benachbarten Grundstücks verändert wird. Andere Ausnahmen lassen sich wenigstens nicht mit Sicherheit als vom Prätor beabsichtigt behaupten. Daß andererseits im Falle eines solchen Nothstands eine Ausnahme zu machen ist, kann nicht zweifelhaft sein. Denn der Prätor wollte den Grundeigenthümer nur in der freien Ausübung seines Eigenthumsrechts beschränken, nicht aber aus Rücksicht auf die Nachbarn ihn zwingen, sein Feld unbebaut liegen zu lassen.

§. 58.

Die Klage ist nur zum Schutze der Felder[1]), nicht der Gebäude gegeben, und nur wegen opera, welche auf Privatgrundstücken[2]) angelegt sind.

§. 59.

Activ legitimirt war ursprünglich nur der Eigenthümer[3]) des bedrohten Feldes; die Klage ist später aber auch dem Usu-

---

[1]) Cit. l. 1. §. 17. eod.: Item sciendum est, hanc actionem non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat. Ceterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista; agi autem potest jus non esse stillicidia, flumina immittere.

[2]) L. 3. §. 3. eod.: — si quis in publico opus faciat, haec actio cessat.

[3]) L. 6. §. 4. eod.: Si quis, priusquam aquae pluviae arcendae agat, dominium ad alium transtulerit fundi, desinit habere aquae pluviae arcendae actionem.

fructuar[1]) und dem Emphyteuta[2]) gegeben. Passiv legitimirt war ursprünglich ebenfalls nur der Eigenthümer[3]) des Grundstücks, auf welchem sich das fragliche Opus befindet; späterhin ist die Klage utiliter auch gegen den Fructuar und Emphyteuta zugelassen[4]).

Die Klage geht auf Wegräumung des Opus oder Gestattung der Wegräumung, hat also Verhütung künftigen Schadens zum Zweck. Sie ist daher keine Klage auf Schadenersatz; indessen ist es Praxis geworden, den Beklagten in den nach der Litiscontestation entstandenen Schaden zu verurtheilen. Officium judicis hoc erit, ut si quidem a vicino opus factum sit, eum jubeat restituere, damnumque sarcire, si quid post litem contestatam contigit; quodsi ante litem contestatam damnum contigit, tantum opus restituere debebit, damnum non sarciet[5]).

---

[1]) Ulpian spricht sie ihm ab. L. 3. §. 4. eod.: Neque fructuarius neque cum eo aquae pluriae arcendae agi potest. Pomponius giebt sie ihm utiliter: — sed magis est, utilem aq. pluv. arc. ei actionem commodari.

[2]) L. 23. §. 1. eod.: Haec actio etiam in vectigalibus agris locum habet.

[3]) Cit. l. 3. §. 4. l. 4. §. 2. eod.: — non nisi cum domino esse.

[4]) L. 22. §. 2. in f. eod.: — an vero etiam utilis in fructuarium actio aq. pl. arc. danda sit, quaesitum est; et magis est, ut detur. Cit. l. 23. §. 1. eod.

[5]) L. 6. §. 6. eod. Rücksichtlich des vor der Litiscontestation entstandenen Schadens competirt das Interdictum Qnod vi aut clam. L. 5. eod.

Siebentes Kapitel.

Von den immateriellen Gütern[1]).

§. 60.

Immaterielle Güter sind die Productivdienste der materiellen, oder, um römisch zu reden, das uti und frui, oder mit dem gemeinen Sprachgebrauch, die Nutzungen der materiellen Güter. Wie bereits früher gesagt ist, haben diese Güter das Eigenthümliche, daß sie mit ihrer Entstehung untergehen. Deshalb eben sind sie immateriell. Selbständige Güter sind sie, weil sie an und für sich Gegenstände des Austauschs sind und ihren eignen Marktwerth haben. Obgleich immateriell, müssen sie dennoch mit den materiellen Gütern zusammen als reale[2]) Güter bezeichnet werden. Denn ihre ganze Existenz beruht auf einer Fiction, und ein reales Object, — eine Sache bildet stets ihre Unterlage, mit der sie stehen und fallen. Auch die römischen Juristen haben sie als reale Güter behandelt; denn sie haben sie nach Analogie der Sachen als Besitzobjecte behandelt.

§. 61.

Man kann unterscheiden die Productivdienste der beweglichen Sachen, insonderheit der Thiere, und die Productivdienste des Grund und Bodens. Die der res mobiles im engeren Sinne sind unendlich mannigfaltig und lassen eine Classification nicht zu, dagegen sind die Dienste, welche Thiere und der Grund und Boden zu leisten vermögen, beschränkter und lassen sich in Classen bringen.

---

[1]) Vgl. Nationalök. u. J. Heft II.
[2]) Vgl. unten Kap. 14.

§. 62.

Die Hausthiere dienen als Zug- und Lastthiere allen Industriezweigen, dem Ackerbau, der Fabrikation, dem Handel; in specie dem Gewerbe des Fuhrmanns. Bei den alten Römern bildeten die Thiere, welche als stehendes Capital dem Ackerbau dienten, unter dem Namen der res mancipi eine geschlossene Classe; es waren die Pferde, die Ochsen, die Esel und Maulesel[1]). Mittelst der Thiere lassen sich aber auch materielle Werthe produciren: Eier, Milch, Fleisch, Wolle, Federn, Felle ꝛc., endlich die Jungen, welche an sich Werthe sind. In dieser Benutzung ihrer Productivdienste besteht ein eigner Industrie-Zweig: die Viehzucht[2]).

§. 63.

Anlangend den Grund und Boden, so sind Gewässer und Land zu unterscheiden. Das Wasser ist nothwendig zur Existenz des Menschen; wo es fehlt, hört der Mensch und folglich auch alle Production auf. Das Wasser dient insofern allen Industrie-Zweigen. Durch die Gewässer können aber auch materielle Werthe producirt werden, und in dieser Benutzung ihrer Productivdienste besteht ein besonderer Industrie-Zweig, die Fischerei[3]). Das Meer, die Ströme und größeren Seen dienen als Communicationsmittel und leisten daher namentlich der Handelsindustrie große und unentbehrliche Dienste. Bei dem Festlande müssen ebenfalls die Productivdienste allgemeiner Natur für sämmtliche Industriezweige und die besonderen unterschieden werden, welche es zu leisten vermag. So zerfällt der Boden in Weide, Wiesen, Aecker, Gärten, Wald, Mineralien und Salze

---

[1]) Gaj. II. §. 16. Nationalök. u. I. Heft III. S. 18. 19.

[2]) Roscher, System der Volkswirthschaft. Bd. II. S. 525 ff. Vergl. S. 28 ff. daselbst.

[3]) Roscher, S. 523 ff. Vgl. S. 15 ff.

oder Salzquellen enthaltenden Boden. So bildet die Eintheilung der Industrie: Jagd[1]), Viehzucht, Ackerbau[2]), Forstcultur[3]), Bergbau, Salz-Production, auch eine Eintheilung der Productivdienste des Bodens.

§. 64.

Die Productivdienste werden unentgeltlich oder entgeltlich geleistet. Letzteres ist für die der Grundstücke die Regel. Die Productivdienste des Meeres und Meeresstrandes stehen Jedermann zur Consumption offen. Die der Flüsse, Bäche und Seen (soweit sie res publicae sind), der Landstraßen und Communicationswege jedem Staatsbürger, die der res universitatis jedem Mitgliede der Gemeinde. Die Benutzung ist an sich unbeschränkt, überall in Deutschland ist aber die Benutzung der res publicae aus Rücksicht der öffentlichen Wohlfahrt der Polizeihoheit, und die der res universitatis der Ortspolizei unterworfen. Es giebt daher besondere gesetzliche Beschränkungen und zu mancher Benutzungs-Art ist eine polizeiliche Concession erforderlich[4]).

Achtes Kapitel.

Die immateriellen Güter. Quasi-Besitz und Nutzungsrecht.

§. 65.

Die Römer behandeln, wie gesagt, die Productivdienste als Besitzobjecte und drücken Dies durch das Wort: quasi possessio

[1]) Roscher, S. 515 ff.
[2]) Roscher, S. 48—514.
[3]) Roscher, S. 552 ff.
[4]) Eichhorn a. a. O. §. 269—272.

aus. Dem Dominium gegenüber und als dessen Analogie haben sie den Begriff jus in re, d. h. hier Nutzungsrecht an einer Sache. Jus heißt hier die rechtliche Herrschaft über eine Sache[1]) lediglich rücksichtlich ihrer Productivdienste. Solcher Nutzungsrechte gab es ursprünglich nur Eins: — die Servitut[2]). Dazu hat sich später die Emphyteuse und Superficies[3]) gesellt; bei der ersteren, weil sie das Eigenthum fast ganz absorbirt, hat man aber nicht die Productivdienste, sondern das Grundstück selbst als Besitzobject aufgefaßt. Diese Anomalie hat lediglich einen praktischen Grund. Ueber die Frage: was eigentlich Gegenstand des Quasi-Besitzes sei, darüber sind sich die römischen Juristen und folgeweise auch die heutigen Juristen nicht ganz klar. Manche halten das jus in re für den Gegenstand desselben; weshalb sie ihn auch juris quasi possessio nennen[4]). Dies ist offenbar unrichtig, denn der Quasi-Besitz ist unzweifelhaft eine Analogie des Sachen-Besitzes und ebensowenig, wie es eine possessio dominii giebt, kann es eine quasi possessio juris geben. Diese Auffassung beruht denn auch lediglich auf einer Verlegenheit, — weil es ihnen nämlich schien, als ob als Object des Quasi-Besitzes nichts Anderes übrig bleibe. Einzelne heutige Juristen halten daher das Uti frui für den Gegenstand des jus in re und des Quasi-Besitzes[5]). Auch diese Meinung ist unrichtig, obgleich sie der Wahrheit sehr nahe kommt. Denn uti und frui sind Handlungen und der Handelnde kann unmöglich an seiner Handlung einen Besitz haben; wie denn überhaupt Handlungen als

---

[1]) Nationalök. u. J. Heft II. S. 18. Note 40.

[2]) Ebendas. S. 8 ff.

[3]) Ebendas. S. 26—28.

[4]) So Ulpian in L. 2. §. 3. D. de precario (43. 26.): Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est.

[5]) Kierulff a. a. O. S. 361 ff.

Gegenstand des Besitzes zu denken, ein Unding ist. Diese Juristen würden das Richtige getroffen haben, hätten sie sich den volkswirthschaftlichen Begriff der Productivdienste klar machen und einsehen können, daß das, was sie und die Römer uti frui nennen, — Consumption der Productivdienste ist.

§. 66.

Wie der Sachenbesitz in der bewußten thatsächlichen exclusiven Herrschaft über die Sache besteht mit dem animus rem sibi habendi, so besteht der Quasi-Besitz in der bewußten thatsächlichen exclusiven Herrschaft über die Productivdienste einer Sache, mit dem Willen, diese ausschließlich für sich in Anspruch zu nehmen. Der Quasibesitzer anerkennt neben sich einen Eigenthümer und Besitzer der Sache, trennt aber von der letzteren deren Nutzungen und will diese exclusiv für sich haben, und soweit diese nicht ohne die factische Detention der Sache zu haben sind, insoweit auch die corporis possessio haben, betrachtet sich aber rücksichtlich der letzteren nur als den Stellvertreter des Besitzers. Aber die Analogie ist nicht vollständig durchgeführt. Denn Sachenbesitzer ist auch der praedo, — der Quasibesitzer wird dagegen als solcher juristisch nur anerkannt und geschützt, wenn er in bona fide ist, d. h. die Productivdienste consumirt (d. h. die Sache nutzt) in der Meinung und der Absicht, ein ihm zustehendes jus in re aliena auszuüben[1]). Da diese Auffassung der römischen Juristen jedoch auf der verkehrten Ansicht beruht, daß das jus in re der Gegenstand des Quasi-Besitzes sei, so kann sie nicht als geltendes Recht angesehen werden[2]).

---

[1]) L. ult. D. Quemadmodum serv. amitt. (8. 6.): Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit.

[2]) Kierulff a. a. O. S. 362.

Der Begriff der quasi possessio beschränkt sich analog der corporis possessio auf die Productivdienste von Gegenständen, an denen Besitz und Eigenthum möglich ist. Die Productivdienste der res omnium communes und der res publicae können nicht quasi besessen werden. Gleichwohl hat das prätorische Edict zur Erhaltung des Friedens die Nutzungen solcher Gegenstände geschützt. Es ist Jedem untersagt, einem Andern in dem Gebrauch derselben zu hindern oder ihn darin zu stören [1]).

§. 67.

Es giebt daher nur einen Quasibesitz an den Productivdiensten von Sachen, also was den Grund und Boden betrifft, nur an den Productivdiensten eines Fundus und Nutzungsrechte an einem Fundus. Das Jus in re erstreckt sich analog dem Eigenthum über die ganze Sache mit allen ihren Theilen, kann aber bei Grundstücken localisirt sein und die Ausübung sich auf eine certa portio fundi beschränken [2]). Wie es keinen Besitz und kein Eigenthum an dem Theil eines Fundus giebt, so giebt es auch rücksichtlich der Productivdienste solcher Theile keinen besondern Quasi-Besitz und kein besonderes jus in re.

Neuntes Kapitel.

Die Güter als Werthe.

§. 68.

Man kann alle Güter ganz abstract als Werthe auffassen, ausgedrückt durch eine Summe Geldes [3]). Dies geschah

---

[1]) Puchta, Pand. §. 35a.

[2]) z. B. die serv. viae.

[3]) Nationalök. u. J. Heft I. S. 15—17.

bei den Römern zuerst mit den materiellen Gütern, res corporales. Als das Institut der Bürgschaft entstand, kam man auf die Idee, daß, wie eine Person mit ihrem Vermögen, so auch eine Sache mit ihrem Werth für eine Schuld haften könne. Man faßte eine solche Sache bildlich als Person auf und redete von einer res nexa[1]) und res obligata[2]), wie man von einem nexus und obligatus sprach. So entstand der Begriff der Real-Bürgschaft[3]) oder Hypothek. Das Verhältniß zu einer so verhafteten Sache faßten sie nach Analogie des Eigenthums auf. Hypothek war also die rechtliche Herrschaft über eine Sache lediglich ihrem Werthe nach, und es ward möglich, daß Einer eine Sache rücksichtlich ihrer Form, ein Anderer sie rücksichtlich ihres Werthes, oder als Werth, in seinem Vermögen hatte. Dem entsprechend entstand auch der Begriff des Besitzes eines Sachwerths, der sog. Pfandbesitz[4]). Dieser Besitz war keine Analogie, kein Quasi-Besitz, sondern ein corporalis possessio, da man den Werth einer Sache nur in und mit der Sache selbst besitzen kann. Der Pfandbesitz ist nicht einmal eine Anomalie[5]), wie ihn gewöhnlich die heutige Jurisprudenz unter den Namen „abgeleiteter" Besitz auffaßt[6]); auch die römischen Juristen haben ihn nicht so aufgefaßt. Der Pfandbesitzer, indem er, solange die Hypothek dauert,

---

[1]) L. 1. §. 4. D. ne vis fiat ei, qui in poss. (43. 4.): — rem suam putabat sibi nexam.

[2]) L. 28. §. 1. D. ad. Sct. Vellejanum (16. 1): Fundum uxoris suae maritus obligavit. L. 41. pr. D. d. contrah. empt. (18. 1.): cum ab eo, qui fundum alii obligatum habebat — —.

[3]) Arndts, Lehrb. der Pand. §. 364.

[4]) L. 16. D. d. usurp. (41. 3.): — qui pignori dedit ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet.

[5]) Kierulff a. a. O. S. 369.

[6]) Vgl. Puchta, Pand. §. 125. Arndts a. a. O. §. 135.

den Werth der Sache als sein eigen ansieht, hat den animus rem sibi habendi, den man hier nur nicht animus domini nennen kann, weil die rechtliche Herrschaft über eine Sache, diese lediglich als Werth betrachtet, nicht unter den Begriff des dominium fällt. Practisch kann der Pfandgläubiger allerdings sagen, daß ihm die Sache ihrem Werthe nach gehöre und folglich, da die Form derselben gleichgültig ist, sein eigen sei, — freilich, solange die Hypothek dauert. Nachdem das Institut der Hypothek einmal entstanden war, ließ man nach und nach auch immaterielle Güter (die Productivdienste von Sachen), ja endlich auch die rein ideellen Güter, von denen weiter unten die Rede sein wird, als Pfandobjecte zu. So entstand der allgemeine Rechtsgrundsatz: Alles, was Werth hat, kann verpfändet werden[1]).

§. 69.

Aus dem Begriff der Hypothek als Werth folgt nicht, daß sie nothwendig einen accessorischen Charakter hat, wohl aber aus ihrem Begriffe als Real-Bürgschaft[2]). Die römischen Juristen wurden in einzelnen concreten Fällen genöthigt, den Fortbestand einer Hypothek anzuerkennen, obgleich die dadurch zu deckende Forderung erloschen war, mußten also die Möglichkeit einer Hypothek ohne accessorischen Charakter anerkennen[3]). Was bei ihnen als eine dunkle Idee oder als ein schwacher Schimmer auftritt, ist durch die mecklenburgischen Juristen zur vollkommenen Entwickelung gelangt[4]).

---

[1]) L. 9. §. 1. l. 24. D. d. pig. (20. 1).

[2]) Jede Caution, und eine solche ist auch die Hypothek, — hat nothwendig einen accessorischen Charakter.

[3]) So Marcian in l. 13. §. 4. D. d. pign. (20. 1). Etiam si creditor judicatum faciet debitorem, hypotheca manet obligata, quia suas conditiones habet hypothecaria actio.

[4]) Vgl. Nationalök. u. J. Heft III. S. 48. 49.

Zehntes Kapitel.

Zur Geschichte der Hypothek.

§. 70.

Die Hypothek ist ein Institut des Verkehrs, das ein practisches Bedürfniß befriedigen soll und also ursprünglich aus einem practischen Bedürfnisse hervorgegangen ist. Sie hat daher einen wirthschaftlichen Zweck und einen wirthschaftlichen Ursprung. Durch die Erkenntniß jenes Bedürfnisses finden wir den ökonomischen Begriff der Hypothek. Die Mittel und Wege, welche man einschlug, um jenes Bedürfniß zu befriedigen, bilden die Geschichte der Hypothek, welche, sofern das Civilrecht Normen zur Befriedigung jenes Bedürfnisses lieferte, den Anfang und die Geschichte des Hypothekenrechts liefert.

§. 71.

Die Geschichte der Hypothek hatte schon einen längeren Verlauf, ehe das Hypothekenrecht begann[1]). Denn es ist

[1]) Die Gesetzgebung leidet überall und stets an einer natürlichen Trägheit, — hat ein Beharrungsvermögen, wie die leblosen Körper in der Natur, und ist daher stets mehr oder weniger weit hinter den bestehenden Zuständen zurück, welche stets in rastloser Entwickelung begriffen sind, gegenüber der Legislation, welche nach jeder gethanen Arbeit die Hände in den Schooß legt und sich einige Ruhe gönnt. Es liegen daher stets Anforderungen des Lebens und Verkehrs an die Gesetzgebung vor, welche auf ihre Befriedigung warten. Das Mißverhältniß zwischen der legislativen Trägheit und der lebendigen Fortentwickelung der factischen Zustände wurde bei den Römern bekanntlich durch das Institut der Prätur ausgeglichen. Der Prätor im Verein mit den interpretirenden Juristen, war, wenn auch nicht de jure, doch de facto der eigentliche Gesetzgeber in Civilsachen. Seine Edicte, wenn auch keine Gesetze, galten doch practisch als solche, weil sie stets den Anforderungen der Zeit entsprachen, also mit der öffentlichen Meinung in Einklang standen.

von selbst klar, daß, als jenes Bedürfniß sich regte, der Verkehr nicht sofort von der Legislation unterstützt wurde, sondern genöthigt ward, sich durch das bereits bestehende Civilrecht zu helfen, also auf einem Umwege zu erlangen, was später direct durch das Pfandrecht möglich wurde[1]). Die erste Periode in der Geschichte der Hypothek, soweit sie Rechtsgeschichte ist, beschäftigt sich also mit diesen Umwegen, welche man einschlagen mußte, um zum Ziele zu gelangen.

§. 72.

Für den ökonomischen Begriff der Hypothek ist ferner wohl zu unterscheiden: das ursprüngliche Bedürfniß, um dessen Befriedigung es sich handelte, und spätere, ganz andere Bedürfnisse, zu deren Befriedigung das Pfandrecht benutzt wurde. Nachdem sich ein Pfandrecht als Complex besonderer Rechtsnormen, und aus diesen durch Abstraction der juristische Begriff der „hypotheca" gebildet hatte, machte man die Erfahrung, daß das Ding noch zu anderen Zwecken dienen könne, und diese Erfahrung hat sich in ganz neuester Zeit in Deutschland bedeutend erweitert. Beschäftigen wir uns zuvörderst mit dem ursprünglichen Begriff der Hypothek und betrachten zum Schluß die Bedürfnisse, zu deren Befriedigung später und resp. heut zu Tage das Pfandrecht benutzt werden kann und benutzt worden ist.

§. 73.

Um den ursprünglichen ökonomischen Begriff der Hypothek

---

[1]) Aehnlich ging es zu mit der Einführung der Cessibilität von Forderungen, die nie gesetzlich ausgesprochen ist; — noch im Justinianeischen Rechte figurirt der Cessionar als Procurator ad agendum. Ebenso mit der Einführung von Privattestamenten, statt deren man sich lange Zeit mit dem Schein-Verkauf des Vermögens bei Lebzeiten des Erblassers an eine Vertrauensperson behelfen mußte.

zu finden, wenden wir uns nicht an die Ueberreste römischer Juristen und Schriftsteller, — um deren Verständniß und Verknüpfung nach dem Gesetz der Causalität es sich ja gerade handelt, sondern an die Nationalökonomik. Hier lernen wir zunächst, daß die Hypothek und folgeweise das Pfandrecht die wichtige volkswirthschaftliche Frage löst: — „Wie verschafft man sich Tauschmittel, — Geld ohne Verkauf eines Guts und ohne persönlichen Credit?“ Hieraus ergiebt sich:

1) daß die Idee der Hypothek und folgeweise des Pfandrechts bei keinem Volke in der Periode wirthschaftlicher Isolirtheit entstehen kann; denn sie setzt den Begriff des Geldes und die Geldcirculation voraus.

2) Der Anfang der Hypothek und des Pfandrechts ist später, wie die Entstehung der Kaufgeschäfte; denn sie bilden ein Surrogat des Verkaufs; durch die Hypothek soll der Verkauf vermieden werden.

3) Der Anfang der Hypothek und des Pfandrechts ist später, wie die Entstehung der Darlehnsklage, — condictio certi, und das Institut der Bürgschaft; denn sie sollen da aushelfen, wo jene beiden Mittel nicht ausreichen, den Credit zu begründen, wo also der Credit fehlt. Wer das Geld hergeben soll, will eine größere Garantie, als ihm in der Klagbarkeit des Darlehens und in der Mithaftung eines Bürgen geboten wird.

Wir müssen uns daher in eine Zeit zurückversetzen, wo das römische Volk aus der wirthschaftlichen Isolirtheit des Einzelnen heraustrat, die Geldcirculation begann, der Verkehr anfing sich zu entwickeln und daneben der Personalcredit aus verschiedenen Gründen sehr schwach war, namentlich deshalb, weil die Haftung aus dem Darlehen und der Bürgschaft eine rein persönliche war [1]).

---

[1]) Vgl. Nationalök. u. J. Heft II. S. 31. 32. IV. S. 74.

§. 74.

Von diesem Standpunkte aus stellen wir folgende Betrachtung an. Jemand hat in seinem Vermögen Werthe der verschiedensten Art; er bedarf aber eines bestimmten Werths in der Form des Geldes. Fehlt es ihm an dem nöthigen Credit, so bleibt ihm nichts Anderes übrig, als für die Werthe, welche er in anderer Form besitzt, Geld einzutauschen d. h. für die materiellen Werthe — sie zu verkaufen. Gebraucht er die Summe Geldes nur für eine bestimmte Zeit, und liegt ihm andrerseits daran, sich die Sache, durch deren Verkauf er sich das Geld verschaffen muß, zu conserviren: so liegt es nahe, mit dem Käufer der Sache auszumachen, — es solle ihm gegen Rückgabe des Preises später die Sache zurückgegeben werden. Hier liegt der Ursprung der Idee der Hypothek; dies ist der rechtliche Umweg, auf dem allein die Römer jenes Bedürfniß befriedigen konnten und auch in der That befriedigt haben.

§. 75.

Sie verkauften Sachen mit jener Nebenberedung. Verkauf und Kauf hieß ursprünglich mancipatio [1]), welche darin bestand, daß vor fünf Zeugen, puberes cives Romani und einem Libripens die Sache dem Käufer zu Eigenthum übertragen und dagegen in continenti das Pretium zugewogen wurde. Bei solchem Verkauf schenkte der Verkäufer dem Käufer ein besonderes Vertrauen, nämlich, daß er ihm später die Sache, welche regelmäßig weit unter dem Werthe verkauft wurde [2]), demnächst gegen Rückgabe des Preises zurückgeben werde. Das Vertrauen war um so größer, als es keine Klage auf Rückgabe der Sache gab, auch

---

[1]) Vgl. Nationalök. u. J. Heft III. S. 17.

[2]) Denn der Darleiher war bestrebt sich möglichst zu sichern und benutzte überdies die Noth und Verlegenheit des Anleihers.

der Käufer, weil er Eigenthümer wurde, weiter verkaufen konnte. Aus diesem Grunde hieß ein solcher Verkauf fiducia. „Haec mancipatio, heißt es, fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur“ [1]). Die Sache stellte sich also merkwürdigerweise so, daß der, welcher für die Anleihe einer Summe Geldes den nöthigen Credit nicht hatte, sich entschließen mußte, um seinen Zweck zu erreichen, — seinerseits Credit zu geben. Dieser Credit hieß ebenfalls fiducia. „Fiduciam vero accipit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet“ [2]). Man sieht von selbst, daß dieses Geschäft, das anfänglich die Verpfändung ersetzte, jener alten Zeit angehörte, wo die Geldcirculation noch sehr schwach, das Geld sehr knapp war, wo es einen großen Unterschied machte, einen Werth in der Form des Geldes oder in einer andern Form zu besitzen, wo es keine aufgehäuften Geld-Capitale gab, die Capitalisten sich nicht bemühten, ihr Geld zu belegen, sondern in jedem Gelddarlehen, das sie gaben, eine große Gefälligkeit erblickten, selbst bei der größten Sicherheit, — wo es also schwer hielt gegen volle sog. Realsicherheit Geld zu bekommen. Nur diese Umstände konnten Jemanden bewegen, den bedeutenden Credit, der in der mancipatio fiduciaria lag, zu geben. Hielt der Käufer sein Wort, so erfolgte die remancipatio, d. h. der Rückverkauf.

§. 76.

Es muß hier eine Bemerkung gemacht werden, welche weiter unten von Wichtigkeit wird. Denkt man sich an die Stelle der res mancipata ein ideelles Surrogat derselben als jus in re, geschützt durch eine actio in rem, welche einen abstracten Werth

---

[1]) Boeth. ad. Cic. Top. IV.
[2]) Eod.

repräsentirt, so haben wir den in den neuesten Hypothekenordnungen unserer Zeit sich ausprägenden Character des Geschäfts, durch welches gegen Hypothek ein Geldcapital aufgenommen wird. Es ist ein Tauschgeschäft; es wird Werth gegen Werth gegeben. Man kann hier in Wahrheit sagen, — die Extreme berühren sich. Von der alten mancipatio fiduciaria bis zu der neuesten Entwicklung des Hypothekenrechts war nur ein kleiner Schritt. Die alten Römer waren gleich Anfangs auf dem richtigen Wege, und es ist die Frage: Wie geriethen sie auf den Abweg, den das Pfandrecht bis zu Justinian und in Deutschland von der Reception des römischen Rechts bis in die neueste Zeit verfolgte? Welche Umstände waren die Veranlassung, daß jenes Geschäft den Character eines einfachen Tauschgeschäfts verlor, und sich in zwei Geschäfte — Darlehensvertrag und Verpfändung — auflöste? Mit andren Worten: Wo liegt der Ursprung der Idee, welche alle römischen und später alle deutschen Juristen beherrschte, daß das Pfandrecht einen accessorischen Character habe und nur als Begleiter einer Forderung denkbar sei?

§. 77.

In der Rechtsentwicklung beruht Nichts auf dem reinen Zufalle, und — mit wenigen Ausnahmen — ist jede Aenderung hervorgerufen durch das practische Bedürfniß. Wir müssen daher ohne Weiteres auf die Vermuthung kommen, daß die mancipatio fiduciaria fühlbare Mängel hatte, — das Bedürfniß des Verkehrs nicht vollständig befriedigte, daß ferner die Beseitigung der Mängel sich nicht mit der Auffassung vertrug, daß die Aufnahme eines Geldcapitals gegen Hypothek ein einfaches Kaufgeschäft sei. Der Mangel lag offenbar darin, daß der, welcher das Geldcapital gegen die res fiduciaria gab, keine Klage auf Restitution des Capitals hatte. Es war ganz der Willkühr des Manci-

penten anheim gegeben, die Sache einzulösen oder nicht. So drängte das Bedürfniß dahin, die Aufnahme des Capitals als Darlehen zu betrachten, damit der Darleiher die condictio certi bekam. Dabei war nun aber die Schwierigkeit, — wie sollte das Eigenthum an der res fiduciaria übertragen werden? Dies ließ sich beseitigen durch das Institut der in jure cessio, durch welche ohne weiteren Titel das Eigenthum übertragen werden konnte; außerdem wurde es üblich, in den Fällen, wo es an einem rechtlichen Titel zur Eigenthumsübertragung fehlte, die mancipatio als einen bloßen Scheinkauf zu benutzen[1]. So erklärt sich, wie das Geschäft der fiducia so definirt wird: Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in jure ceditur[2]. Der Entlehner hatte, wenn er die res fiduciaria einlösen wollte, eine condictio auf Rückgabe. Allein diese Klage sicherte ihn nicht hinlänglich, weil der Fiduciar Eigenthümer der ihm mancipirten Sache wurde, also sie gültig veräußern, überhaupt beliebig darüber disponiren konnte, in welchem Falle die condictio gegen ihn unbrauchbar wurde. Um diesen Mangel zu beseitigen, wurde die actio fiduciae eingeführt, welche, wenn der Fiduciar nicht restituiren konnte oder wollte, die Condemnation desselben in den Werth der Sache zur Folge hatte[3]. Das Pfand wurde seitdem, wenn auch nicht formell, doch materiell als anvertrautes Gut angesehen, die Veräußerung desselben als contra bonam fidem betrachtet[4].

---

[1]) Nationalök. u. S. Heft III. S. 57 ff.

[2]) Isid. Or. V. c. 25. Schilling, Lehrb. für Institutionen S. 695.

[3]) Nationalök. u. S. Heft IV. S. 48. I. S. 17. Abs. 1 in fine. Den Werth bestimmte der Kläger durch Juramentum in litem.

[4]) Daher konnte der Verpfänder die res mancipata gültig verkaufen, wenn er mit dem Erlös den Fiduciar abfand. Paul. S. R. II. 13. §. 3. Debitor fiduciam . . . aliis, si velit, vendere potest, ita ut ex pretio

§. 78.

Es mußte sich indessen bald herausstellen, daß die Gestaltung des Geschäfts, wie es eben beschrieben worden, noch nicht ganz genügte:

1) der Pfandgläubiger durfte das Pfand nicht veräußern, ohne gegen Treu und Glauben zu handeln und sich den Nachtheilen des juramentum in litem auszusetzen[1]). Wie nun? Wenn der Gläubiger selbst Geld bedurfte, seine Schuldklage aber voraussichtlich gar nicht oder nur mit Schwierigkeiten zum Ziele führte? Für diese Eventualität half man sich seit der actio fiduciae, welche bonae fidei war[2]), durch pacta adjecta, nämlich:

a. durch die sog. lex commissoria, indem man beredete, daß eventualiter das Pfand dem Gläubiger verfallen sein sollte[3]),

b. indem sich der Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs zum Zwecke seiner Befriedigung ausmachte. Olim, sagt Gajus, debitor pactus est, ut liceret creditori pignus vendere[4]) — im Gegensatz zu der Ansicht seiner Zeit, wo sich ein solches pactum stillschweigend von selbst verstand[5]). Ohne dieses Pac-

---

ejusdem pecuniam offerat creditori atque ita remancipatam sibi rem emptori praestet.

[1]) Gültig war allerdings der Verkauf, weil der Fiduciar Eigenthümer war, und dies konnte durch keine Vereinbarung verhindert werden. Paul. S. R. II. 13. §. 5. Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore creditor denunciare ei solemniter potest et distrahere.

[2]) Gaj. IV. 62.

[3]) Cic. ad Fam. XIII. 56. Vat. Fr. §. 9. Seit Constantin ungültig. L. 3. C. de pact. pign. (8. 35).

[4]) Gaj. II. 64. Iavolenus in l. 73. D. d. furtis (47. 2): Si is qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, . . . furti se obligat.

[5]) Gaj. loc. cit: — sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari.

tum hatte in alter Zeit der Pfandgläubiger an dem Pfand Nichts als eine Caution. Hieraus erklärt sich ganz einfach eine Stelle des justinianeischen Rechts, die den heutigen Civilisten noch immer zu schaffen macht. Aus dem Umstande nämlich, daß in alter Zeit das Pfand ohne paciscirtes Verkaufsrecht eine bloße Caution gab, ergiebt sich von selbst, wie es kam, daß man statt Sachen auch Servituten verpfändete. Dies konnte nur geschehen bei serv. praediorum rusticorum [1]), weil nur diese res mancipi waren [2]). Woher dies rührte, ist an einem andern Orte ausgeführt [3]). Wo nun eine Rustical-Servitut verpfändet wurde, mußte das pactum, ut liceret vendere, cessiren, weil Servituten nicht übertragbar waren. Daraus folgt, daß im justinianeischen Rechte, wo das Verkaufsrecht wesentlich zum Begriffe der Hypothek gehört, die pfandweise Bestellung einer Servitut ein Nonsens war. Dennoch hat der römische Conservatismus diesen historischen Ueberrest, wie manchen andern, erhalten. Wie die Juristen diesen Widerspruch zu lösen versucht haben, davon weiter unten [4]).

2) Dem Verpfänder war während der Dauer des Pfandnexus die Nutzung des Pfandes entzogen. Man half sich dadurch, daß man das Pfand sich als precarium ausbat oder es vom Pfandgläubiger miethete. Dies ergiebt sich aus folgender Stelle: Si vero cum creditore contracta sit fiducia, soluta quidem pecunia omnimodo competit usureceptio, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit rem a creditore neque precario roga-

---

[1]) L. 11. §. 3. D. d. pig. (20. 1.): Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

[2]) Gaj. II. §. 17.

[3]) Vgl. Nationalök. u. S. Heft III. S. 18. Note 42.

[4]) Vgl. §. 82.

verit, ut eam rem possidere liceret[1]). Es konnte andrerseits aber auch, wie man aus eben dieser Stelle ersieht, ausgemacht werden, daß der Creditor die Nutzung des Pfandes behalten und deren Werth gegen die Zinsen des Capitals aufnehmen sollte. Hier liegt der Ursprung des späteren pactum antichreticum[2]).

§. 79.

Dieselben Umstände, welche veranlaßten, beim Verkauf von der Uebertragung des Eigenthums am Kaufobject abzusehen und es bei der traditio possessionis bewenden zu lassen[3]), waren die Ursache, bei der Verpfändung die mancipatio als nicht wesentlich, sondern die Besitzübertragung als genügend anzusehen. Das Darlehnsgeschäft war ganz in den Händen der Peregrinen[4]), welche des quiritarischen Eigenthums nicht fähig waren[5]). An die Stelle der mancipatio trat im gewöhnlichen Verkehr die manu traditio[6]), an die Stelle der fiducia die pignoratio, die res fiduciaria hieß jetzt res pignorata oder pignus. Pignus, heißt es, appellatum a pugno, quia res

[1]) Gaj. II. §. 60.

[2]) L. 11. §. 1. D. d. pign. (20. 1): Si ἀντίχρησις (mutuus pignoris usus pro credito) facta sit, et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eusque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, quum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipso percipiendo hebitandoque.

[3]) Siehe hierüber Nationalök. u. J. Heft I. S. 46. 47.

[4]) Ganz ebenso, wie bei uns im Mittelalter das Darlehensgeschäft in den Händen der Juden war, und aus demselben Grunde, nämlich weil der Handel lediglich in ihren Händen war, sodaß sich nur bei ihnen Anhäufungen von Geldcapitalien bildeten. Sprichwort der Juden: „Handwerk hat einen goldenen Boden, Handel macht reich." Vgl. Nationalök. und J. Heft III. S. 16.

[5]) Nationalök. u. J. a. a. O.

[6]) Ganz verschwindet die Mancipatio erst seit Constantin. Vgl. Nationalök. u. J. Heft I. S. 52.

quae pignori dantur, manu traduntur[1]). Es ist wahrscheinlich, daß diese Art der Verpfändung zuerst bei beweglichen Sachen, namentlich den res nec mancipi vorkam, und daher den Namen pignus (a pugno) empfangen hat. Noch unter den späteren Juristen sind manche deshalb der Ansicht, daß pignus im eigentlichen und engeren Sinne das Pfandrecht an einer beweglichen Sache bedeutet. Unde etiam videri potest, quod quidam putant pignus proprie rei mobilis constitui[2]). Der Pfandgläubiger bekam statt des Eigenthums mit der Vindication den Besitz[3]) mit den possessorischen Interdicten. Die pignoratio wurde zum Realcontract[4]); an die Stelle der actio fiduciae trat die actio pignoraticia[5]); das pactum de vendendo ward unnöthig, — es ward als sich von selbstverstehend angesehen[6]).

§. 80.

Wenn bei der Verpfändung ausgemacht wurde, es solle der Debitor das Pfand precario behalten, so bedurfte es einer Besitzübertragung und einer Rückübertragung auf den Verpfänder nicht, vielmehr konnte der Verpfänder sofort das Pfand behalten, und der Gläubiger hatte ipso pacto das Interdictum de precario gegen den Verpfänder[7]). Dasselbe verordnete der Prätor Salvius für den Fall, daß ein Pächter dem Verpächter sein Inventar verpfändete, auch ohne die ausdrückliche Vere-

---

1) L. 238. §. 2. D. d. V. S. (50. 16.)
2) Cit. l. 238. §. 2.
3) Vgl. oben §. 68.
4) Nationalök. u. J. Heft III. S. 62.
5) Dig. XIII. 7. de pignoraticia actione.
6) L. 4. eod: — sed si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat.
7) L. 6. §. 4. l. 11. D. d. precario (43. 26).

dung, daß der Pächter es precorio behalten solle [1]). Der Grund ist, weil diese Beredung als eine stillschweigende vernünftiger Contrahenten angenommen werden muß, da ja der Pächter ohne den Besitz des Inventars seine Wirthschaft nicht betreiben kann. Eine nothwendige Consequenz dieser Verordnung war eine weitere Bestimmung des Edicts. Der Verpächter hatte nämlich für den Fall der Unredlichkeit des Pächters kein Rechtsmittel gegen dritte Personen, die etwa in den Besitz des Pfandes (Inventar-Stücke) kommen möchten. Veräußerte der Pächter sein Inventar, und hatte er weiter kein Vermögen, so war der Pächter um seine Pacht. Es bedurfte also wenn der Verpächter sich mit der Verpfändung des Inventars begnügen sollte, stets eines besonderen persönlichen Vertrauens zwischen ihm und dem Pächter. So wurden denn Personen, die bei der Verpachtung eines Grundstücks das Vertrauen des Eigenthümers nicht hatten und keine anderen Güter als ihr Inventar verpfänden konnten, gehindert, die Pachtung zubekommen, ja, überhaupt eine Pachtung zu bekommen. Um den Credit solcher Leute zu erhöhen, — das in den Verhältnissen liegende Mißtrauen zu beseitigen, edicirte der Präter Servius [2]): — es sollte, wenn der Pächter dem Verpächter sein Inventar verpfände, der Letztere ein actio in rem haben, um die Pfandobjecte gegen jeden Dritten verfolgen zu können [3]). Dieser Einzelfall führte aber weiter auf den Gedanken, daß es einem jeden Pfandgläubiger gleich sein könne, ob er das Pfandobject selbst habe oder ein Mittel, sich mit Hülfe des Staats den Besitz von jedem Inhaber zu verschaffen, — daß ein bloßes pactum hypothecae genüge, und so dehnte man jene actio in

[1]) Dig. XLIII. 3. de Salviano interdicto. Cod. VIII. 9. de precario et Salviano edicto. Puchta Pand. §. 214. 217.

[2]) Dieser ist nicht der Jurist Servius Sulpicius, welcher zu Ciceros Zeit lebte. Der Prätor Servius ist älter, da Cicero (ad Fam. XIII. 56) bereits der Hypothek erwähnt. Schilling a. a. O. §. 218. Note d.

[3]) Theophil. ad §. 7. 31. J. d. act. (4. 6). Schilling a. a. O. Note g.

rem, welche von ihrem Urheber den Namen Serviana erhalten hatte, unter der Benennung actio quasi Serviana analogisch auf alle Fälle der Verpfändung aus[1]). Dadurch war einem längst gefühlten Bedürfnisse abgeholfen. Abgesehen von dem Besitz und der Benutzung des Pfandobjects, welche der Verpfänder sich allenfalls durch Precarium erhalten konnte, war es namentlich unmöglich gewesen, dasselbe Pfandobject wiederholt zu benutzen, — eine Sache verschiedenen Gläubigern zu verpfänden. Die Einführung dieser Klage führte dann nothwendig weiter zu rechtlichen Bestimmungen über die Priorität[2]). Weil die Bestellung einer Hypothek die Uebertragung eines Werths ist, ein und derselbe Werth aber nicht wiederholt an verschiedene Personen übertragen werden kann, so folgt hieraus von selbst, daß sich die Priorität nach dem Alter der Hypotheken richten muß[3]). Die Römer haben jedoch von dieser Regel eine Reihe von Ausnahmen statuirt, weil sie — freilich irrthümlich — glaubten, daß in einzelnen Fällen Humanität und Aequität oder die allgemeine Rücksicht auf öffentliche Wohlfahrt diese Ausnahmen verlangten[4]). So bewirkte z. B. der römische Grundsatz: — „rei publicae interest mulieres dotes salvas habere" einen Bruch in die Consequenz des Rechts[5]). Auf diese Weise entstand eine Anzahl rücksichtlich

[1]) Cit. §. 7. J. d. act: — Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius Praetoris jurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei teneatur, quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Vgl. oben S. 62. Note 3.

[2]) Dig. XX. 4. Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt; C. VIII. 18: qui potiores in pignore habeantur. 19: de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. Puchta Pand. §. 209. ff.

[3]) Puchta Pand. §. 210.

[4]) Puchta Pand. §. 211.

[5]) L. 12. §. 1. C. qui potiores (8. 18). Nov. 97 c. 2—4.

der Priorität privilegirter Hypotheken. Da ferner bei mehreren Hypotheken an derselben Sache der Werth der Hypothek in dem Werth der Priorität besteht, so ward die Priorität selbst als Werth behandelt und übertragbar, und es entstanden Rechtssätze betreffend die Uebertragung der Priorität von einer hypothekarischen Forderung auf eine andere[1]).

§. 81.

Dasselbe Bedürfniß, welches bei den Römern die Hypothek hervorrief, trat auch in Deutschland hervor, und mußte sich hier ebenso früh, wie in Rom, fühlbar machen. Es kann nicht auffallen, — ja, wir müssen sogar erwarten, daß die Deutschen einen ganz ähnlichen Weg eingeschlagen haben, um zur Befriedigung jenes Bedürfnisses zu gelangen. So finden wir denn auch in der alt-germanischen Satzung ein Institut, welches der alt-römischen mancipatio auf remancipatio ganz analog war. Der Pfandgläubiger bekam Besitz und Genuß des Pfandes und, wenn auch nicht grade das formelle Eigenthum, doch die Satzungsgewere, sodaß seine Stellung zum Pfande practisch von dem eines Eigenthümers nicht verschieden war. Der Pfandgläubiger hatte nicht das Recht der Veräußerung; — ebensowenig, wie der Fiduciarius in Rom; denn, wenn dieser auch als formeller Eigenthümer die res mancipata gültig veräußern konnte, so war dies doch gegen die Absicht der Contrahenten und er setzte sich Nachtheilen aus, wenn er nicht restituiren konnte[2]). Auch wurde die alt-germanische Satzung als Verkauf aufgefaßt mit dem reservirten Einlösungsrecht. Auch geschah die Verpfändung unter Beobachtung einer bestimmten Form: — der gerichtlichen Auflassung; ein ganz entsprechendes Institut war die in jure cessio vor dem römischen Magistrat,

---

[1]) Puchta Pand. §. 213.

[2]) Vgl. oben §. 77. Note 3.

welche neben der mancipatio als Form der Eigenthums-Uebertragung bestand. Die alte Satzung litt an denselben Mängeln, wie das entsprechende alt-römische Institut, und es bildete sich die „neuere Satzung“ d. h. der reine Begriff der Hypothek ohne Besitz, ehe man noch mit dem römischen Rechte bekannt wurde. Die neuere Satzung entwickelte sich zuerst in den Städten, weil sich hier — an den Orten des Verkehrs — die Mängel der älteren Satzung am fühlbarsten machten. Als das römische Recht in Deutschland eindrang, fand es auf dem Gebiete der Hypothek einen bereits vorbereiteten und empfänglichen Boden vor, und es kann nur als natürlich erscheinen, wenn das römische Pfandrecht sich sehr rasch als gemeines Recht geltend machte.

§. 82.

Die Geschichte der Hypothek ist theilweise eine Geschichte der Pfandobjecte. Das heißt: Die Frage: — welche Gegenstände können verpfändet werden? hat ihre eigne Geschichte. Es ist klar, daß diese im Allgemeinen parallel geht mit der Geschichte des Vermögensbegriffs, welcher ursprünglich auf Eigenthumsobjecte beschränkt, sich allmählig bis dahin erweiterte, daß Vermögen einen Complex von Werthen ohne Rücksicht auf ihre Gestalt und Form bedeutete. Der Anfang und das Ende dieser Geschichte liegt in den beiden Sätzen: „Nur Sachen, und zwar nur res mancipi können verpfändet werden“, und „Jeder Werth kann Pfandobject sein[1]“. Im Uebrigen aber müssen drei Perioden unterschieden werden:

---

[1]) L. 9. §. 1. D. d. pign. (20. 1.): Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. Mithin auch Sachen, deren Besitz bona fide und ex justo titulo erworben ist, weil sie wegen der Möglichkeit der Usucapion und wegen des Schutzes der conditio usucapiendi durch die actio Publiciana Werthe sind. L. 18 eod: — Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi,

1) die Zeit, wo bei der Verpfändung die Intention der Contrahenten nicht dahin ging, daß der Pfandgläubiger sich eventuell durch den Verkauf des Pfandes befriedigen solle, er also eines besonderen pactum de distrahendo bedurfte. In dieser Periode konnten Gegenstände, welche ihrer Natur nach nicht übertragbar waren, verpfändet werden, also namentlich Servituten, wiewohl nur die serv. praediorum rusticorum, weil nur sie res mancipi waren.

2) Die Zeit, wo das pactum de distrahendo sich von selbst verstand, und das Recht des Pfandgläubigers sich eventuell durch den Verkauf zu befriedigen, wesentlich zum Begriff des Pfandrechts gehörte. Seitdem konnten nur Gegenstände verpfändet werden, welche einen Tauschwerth hatten, also übertragbar waren. Dadurch wurden die Servituten von der Zahl der Pfandobjecte ausgeschlossen [1]; allein, wie bemerkt, die römischen Juristen zogen diese Consequenz nicht, ignorirten vielmehr den

---

sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. Vgl. Nat. u. J. Heft I. S. 53. Note 94. Nationalök. civ. Studien Bd. I. S. 44. Ferner können auch die Productivdienste von Sachen oder Werthen verpfändet werden. Nationalök. u. J. Heft II. S. 5. Bei der Verpfändung, wie bei der pfandweisen Bestellung des Usufructus ist nicht das jus fruendi, sondern die Productivdienste der res fructuaria sind das Pfandobject. L. 11. §. 2 eod: — — nam quum emptorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Unter Käufer des Ususfructus ist hier der Käufer der Productivdienste, also der Pächter der res fructuaria zu verstehen. Vgl. L. 12. §. 2. D. d. usufr. (7. 1.): — — — Nam et qui locat utitur, et qui vendit. Man muß unterscheiden die Verpachtung auf Zeit und auf die ganze Dauer des Ususfructus; Letzteres wird durch vendere usumfructum bezeichnet. Vgl. §. 3. J. de usufructu (2. 4): — cedendo (usumfructum) extraneo nihil agitur. Insofern Werth „gleichbedeutend ist mit Brauchbarkeit", kann man sagen, die Brauchbarkeit einer Sache bestehe unter A. auch in der Möglichkeit ihrer Verpfändung. Dies ist der Sinn der l. 72. D. d. R. J. (50. 17): Fructus rei est vel pignori dare licere.

[1]) Man mußte sich beschränken auf die Verpfändung der Productivdienste. Vgl. vorherg. Note.

streng juristischen Character der Servitut und ließen die Verpfändung d. h. die einmal übliche pfandweise Bestellung der Rusticalservitut bei Bestand, vorausgesetzt, daß ein benachbartes Grundstück da war, auf das sie eventuell übertragen werden konnte. Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse, Pomponius ait, ut si talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur — scilicet si vicinum fundum habeat — et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat [1]). Paulus billigt diese Ansicht aus Rücksicht auf die öffentliche Wohlfahrt: — quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est [2]). Seine Meinung ist: — Wenn Jemand um ein Geldcapital benöthigt ist und keine anderen Hypotheken bieten kann, als die pfandweise Bestellung einer Prädialservitut, — warum man ihm aus einem rein formell juristischen Grunde eine Verlegenheit bereiten solle, da sich ja Das, was die Contrahenten beabsichtigten, durch eine kleine Inconsequenz erreichen lasse [3]). Seitdem die Cessibilität der Forderungen unbezweifelt war und die venditio hereditatis möglich wurde [4]), erhielt die Zahl der Pfandobjecte eine bedeutende Erweiterung. Als das ganze Vermögen als ein Complex von Werthen aufgefaßt wurde, entstand der Begriff der hypotheca omnium bonorum [5]).

3) Endlich die Zeit, wo das Pfandrecht durch die actio quasi

---

[1]) L. 12. eod.

[2]) Cit. l. 12.

[3]) Im Uebrigen sind alle Prädialservituten Werthe, indem sie den Werth des praedium dominans erhöhen. Sie bilden daher bei der Verpfändung des letzteren insofern einen Theil des Pfandobjects.

[4]) Tit. D. XVIII. 4: de hereditate vel actione vendita. Nationalök. u. S. Heft IV. S. 83. 84.

[5]) L. 6. D. eod: — Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve sit. — —

Seroiana ein eigner ideeller Vermögensbestandtheil, ein besonderes bonum civile, wurde. Seitdem konnte das Pfandrecht selbst als Pfandobject benutzt werden. Dadurch entstand der Begriff des subpignus[1]).

§. 83.

Es giebt Complexe von Gegenständen, welche kein Producent als Pfandobjecte benutzen kann, weil deren Verpfändung gleichbedeutend wäre mit der gänzlichen Einstellung des Productionsgeschäfts. Dahin gehört das Waarenlager eines Kaufmanns oder Fabrikanten. Andererseits fehlt es solchen Producenten aber oft an anderweitigen Pfandobjecten, wenn sie Betriebscapitale aufnehmen wollen. Es war daher ein Rechtssatz dringendes Bedürfniß, welcher bestimmte, daß dergleichen Gegenstände verpfändet werden könnten, ohne daß der verpfändende Producent in seinem Betriebe gestört wurde. Eine solche Rechtsvorschrift ist weder durch die römische Legislation noch durch das prätorische Edict erlassen; wohl aber haben die Juristen es bei der Verpfändung solcher Sachen-Complexe als stillschweigende Meinung vernünftiger Contrahenten angesehen, daß die freie Veräußerung derselben, soweit der ordentliche Wirthschaftsbetrieb dies erfordere, dem Verpfänder gestattet sei, also diese Gegenstände durch ihre Veräußerung aus dem Pfandnexus treten, andererseits aber auch die an ihre Stelle acquirirten Sachen durch ihre Acquisition dem Pfandnexus unterworfen seien. Es ist dies freilich ausdrücklich nur für ein Waarenlager[2]) ausgesprochen; aber diese Entscheidung enthält offenbar ein allgemeines Princip. Wie weit dasselbe auf andere Fälle anzuwenden sei, dies genau zu bestimmen, ist

---

[1]) Cod. VIII. 24: Si pignus pignori datum est.

[2]) L. 34. pr. D. d. pign. (20. 1): Respondit, ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

noch Gegenstand der heutigen Jurisprudenz. Was die Römer speciell nur für das Waarenlager ausgesprochen haben, d. h. für die Producte[1]) in der Handelsindustrie, gilt allgemein von allen Producten in jeder Industrie, also auch von den Fabrikaten und Früchten der Agricultur-Industrie[2]). Der Umsatz der Producte wird durch kein Pfandrecht gehemmt. Aber das Princip ist noch allgemeiner; die Bestimmung des römischen Rechts ist auch auf Capitalgegenstände des Producenten, wie Viehheerden, Inventarien auszudehnen. Die Instandhaltung des stehenden Capitals wird durch kein Pfandrecht gehemmt. Abgängiges Vieh, unbrauchbare Inventargegenstände werden frei vom Pfandrecht verkauft und die zum Ersatz angeschafften sind wiederum dem Pfandnexus unterworfen.

§. 84.

Die Geschichte der Hypothek ist theilweise eine Geschichte ihrer Realisirung, und die letztere zerfällt in die Geschichte des processualischen Verfahrens zur Erlangung des Pfandobjects und der Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Werthe desselben. Das römisch-Justinianeische Recht zeichnet sich aus durch das Bestreben, den Verpfänder möglichst zu begünstigen, sodaß es fast den Eindruck macht, als ob in der römischen Kaiserzeit nur arme Leute aus Noth und Verlegenheit gegen Hypotheken Geld anliehen und alle Hypothekengläubiger damals reiche Wucherer waren, sodaß die Humanität rücksichtlich der Realisirung der Hypothek den Grundsatz einführte: „möglichst langsam und möglichst schwierig.“ Der wahre Grund

[1]) Das Productionsgeschäft des Kaufmanns besteht in dem Einkauf der Waaren. Der Verkauf ist Umwandlung eines bereits vorhandenen Werthes in die Form des Geldes. Nationalök. u. J. Heft I. S. 51.

[2]) Dies haben die römischen Juristen auch geradezu anerkannt und hierauf beruht die Entscheidung in l. 16. §. 4. D. d. pign. (20. 1): — pe antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare.

aber war Unkenntniß des Begriffs „Realcredit" und die hohe Bedeutung des letzteren für die öffentliche Wohlfahrt, mithin auch für die armen Schuldner. Unbekanntschaft mit den Grundwahrheiten der Nationalökonomik verleitete die römische Gesetzgebung und die römischen Juristen auch hier, aus dem Gesichtspuncte der Humanität der öffentlichen Wohlfahrt beträchtlich zu schaden [1]). In Deutschland hat man in neuester Zeit diesen großen Mangel des römischen Hypothekenrechts erkannt und die Gesetzgebung hat daher für die Realisirung der Hypothek das entgegengesetzte Princip aufgestellt: „möglichst rasch und möglichst leicht."

§. 85.

Die Geschichte der Hypothek ist theilweise die Geschichte des Realcredits. Unter Realcredit ist zu verstehen das Vertrauen, daß ein in Sachen angelegtes Capital nicht verloren gehen werde. Regelmäßig beschränkt man aber diesen Begriff auf Grundstücke. Der Realcredit wird wichtig beim Ankauf von Grundstücken und bei Darlehen gegen Verpfändung von Grundstücken. Bei den Römern stand es, namentlich in der Kaiserzeit, mit dem Realcredit sehr schwach. Wer ein Grundstück kaufte, konnte niemals wissen, ob der Verkäufer Eigenthümer sei und ob nicht dingliche Rechte aller Art an dem Grundstücke hafteten, welche den Werth desselben erheblich schmälerten oder ganz absorbirten. Ebenso stand es beim Darlehen gegen Verpfändung von Grundstücken. Dabei kam noch hinzu, daß die Römer den Grundsatz der Anciennität rücksichtlich der Priorität durch Aufstellung vieler Privilegien durchbrochen hatten und die eben erwähnte Lang-

---

[1]) Dig. XX. 5. Cod. VIII. 28: de distractione pignorum et hypothecarum. 29: debitorem venditionem pignoris impedire non posse. 30: si venditio pignoris agatur. 46: creditorem evictionem pignoris non debere. Cod. VIII. 54: de jure dominii impetrando. Puchta Pand. §. 205. 206.

samkeit und Schwierigkeit der Realisirung der Hypotheken, namentlich die Verzögerung derselben durch mögliche Einreden, welche von der Analogie der Bürgschaft hergenommen waren [1]). Durch die Verbindung genereller und specieller Hypotheken wurde endlich die Frage nach den Alter der Hypothek an sich oft sehr schwierig und konnte zu langwierigen Streitigkeiten Veranlassung geben [2]). Wer wollte unter solchen Umständen Geld in Grundstücken anlegen? Es geschah offenbar nur von Leuten, welche die Verhältnisse des Verkäufers resp. des Verpfänders aus eigner Erfahrung genau kannten, ferner nur gegen hohen Zins und bedeutende Assecuranz-Prämie. Die Römer haben ohne Zweifel die Mangelhaftigkeit ihres Pfandrechts gekannt, aber sie wußten nicht, wo der eigentliche Sitz des Uebels sei, verstanden es daher nicht, dasselbe an der Wurzel abzuschneiden und machten in dem pignus publicum vel quasi publicum einen nur schwachen Versuch, dem Uebelstande abzuhelfen [3]). Das Uebel gründlich zu heilen, ist erst in neuester Zeit und nur in einzelnen Territorien Deutschlands gelungen, und zwar dadurch, daß man für alle Rechte an Grundstücken das Princip der Specialität und Publicität einführte [4]). In den Städten sind alle Grundstücke in öffentlich geführten (sog. Hypotheken-)Büchern verzeichnet. Jedes Grundstück hat sein Folium und seine Nummer. Ueber Landgüter und ländliche Gehöfte sind besondere Hypothekenbücher bei bestimmten Behörden niedergelegt. Aus einem solchen Hypothekenbuche erhellt mit unumstößlicher Gewißheit, wer der Eigenthümer desselben ist, welche jura in re und namentlich, welche Hypotheken

---

[1]) Die exceptio excussionis, — personalis und realis. Nov. 4. c. 2.

[2]) L. 11. pr. §. 1. l. 1. pr. D. qui potiores in pignore (20. 4).

[3]) L. 11. C. qui pot. (8. 18). (Leo).

[4]) So in Mecklenburg.

auf demselben lasten [1]). Die letzteren rangiren strenge nach dem Datum ihrer Eintragung und alle dem entgegenstehende Privilegien des römischen Rechts sind aufgehoben [2]). Wenn mehrere Hypotheken zu gleichem Rechte stehen sollen, so muß dieß im Hypothekenbuche ausdrücklich bemerkt sein [3]). Die Realisirung der Hypothek geschieht schleunig in einem dem Wechselproceß analogen Verfahren [4]), sodaß gewissermaßen das Grundstück als Wechselschuldner behandelt wird. Für Grundstücke sind ferner alle Generalhypotheken ausgeschlossen; die Hypotheken an einem Grundstücke beruhen alle auf specieller Verpfändung desselben [5]). Im Concurse des Verpfänders bildet daher jedes einzelne Grundstück eine Specialmasse [6]), welche mit der Generalmasse fast Nichts weiter zu schaffen hat, als daß sie pro rata zu den Concurskosten beiträgt. Für einen bestimmten Zeitraum haben Zinsen und Kosten des Gläubigers die gleiche Priorität mit dem Capital [7]). Dabei ist dafür gesorgt, daß die Gelder an die (Hypotheken=)Gläubiger möglichst schnell ausgezahlt werden, sobald die Masse versilbert ist, sodaß sie nicht immer nöthig haben, das Ende des Concursverfahrens abzuwarten. Die Gerichte sind angewiesen, den (Hypotheken=)Gläubigern, welche ohne Zweifel zur Hebung kommen, gegen simple Quittung ihr Geld auszuzahlen und, wo dies zweifelhaft ist, ihnen wenigstens gegen Caution den Betrag ihrer Forderung auszukehren [8]). Auch trägt es nicht wenig zur

---

[1]) Vgl. die mecklenburgische revid. Stadtbuchordnung vom 21. December 1857. §. 2.

[2]) §. 20. eod.

[3]) Cit. §. 20 nr. 2 eod.

[4]) §. 29. 30. 31. eod.

[5]) §. 14 eod.

[6]) §. 33 eod.

[7]) Vgl. §. 34. nr. 4 und 5 eod.

[8]) Trotsche, Materialien zu einem Handbuch des Mecklenburg=Schwerin'schen Particular=Civil=Processes II. S. 206.

Stärkung des Realcredits bei, daß die Hypothekengläubiger nicht nöthig haben, ihre Forderungen im Concurs anzumelden[1]. Das Concursgericht fordert ex officio von der Hypothekenbehörde einen Extract aus dem Hypothekenbuche ein[2]. So bleibt weit entfernten und lange abwesenden Hypothekengläubigern auf alle Fälle ihr Geld gesichert.

§. 86.

Die Römer haben die Hypothek benutzt:

1) zur Sicherung gewisser Forderungen. Dadurch sind neben den vertragsmäßigen gesetzliche Hypotheken entstanden[3]. Sie zerfallen in generelle[4] und specielle[5], jene ergreifen das ganze Vermögen des Schuldners, diese nur einzelne bestimmte Theile desselben. Diese gesetzlichen Hypotheken beruhen theils auf präsumtiver voluntas contrahentium, also auf einem gesetzlich angenommenen stillschweigenden Vertrage, theils auf Humanitäts- oder Pietäts- oder sonstigen Rücksichten auf öffentliche Wohlfahrt. Wo in Deutschland rücksichtlich der Verpfändung von Grundstücken das Princip der Publicität und Specialität herrscht, gelten dieselben nur wenn sie auf das Grundstück eingetragen sind[6].

2) um bei Schuldklagen den prävenirenden Kläger in der Executionsinstanz gegen spätere Kläger ein Executionsobject zu sichern. Durch die Annotation von Vermögensgegenständen des Schuldners entsteht eine Hypothek an denselben. Dies ist das

---

[1]) Trotsche, S. 214 eod.

[2]) Cit. mecklb. Stadtbuchord. §. 32 nr. 3.

[3]) Dig. XX. 2. Cod. VIII. 15: in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

[4]) Puchta Pand. §. 200.

[5]) Puchta Pand. §. 201.

[6]) Vgl. die cit. mecklb. Stadtb. O. §. 12. nr. 3.

pignus in causa judicati captum[1]). Dasselbe fällt heutzutage in den Ländern, wo das Princip der Publicität und Specialität gilt, für Grundstücke weg. Wird hier in der Executionsinstanz ein Grundstück angegriffen, so wird über dasselbe ein Specialconcurs eröffnet[2]).

§. 87.

Einen wichtigen Theil der Geschichte des Pfandrechts bildet die wissenschaftliche Verschmelzung desselben mit den übrigen Rechtsmaterien. Die römischen Juristen faßten, wie bemerkt, die Hypothek an Sachen als jus in re, mithin als Analogie des Eigenthums auf. Es giebt mithin Rechtssätze über das Eigenthum, welche auf Grund rein logischer Schlußfolgerung auch für das Pfandrecht an Sachen gelten. Dahin gehört:

1) Das Pfandrecht an Grundstücken ergreift das ganze Grundstück mit allen seinen integrirenden Theilen[3]), also bei fruchttragenden Grundstücken alle fructus pendentes, mögen sie bei der Verpfändung als solche schon existiren oder nicht. Diese Consequenz ist durch Vereinbarung nicht zu beseitigen[4]); wohl aber kann verabredet werden, daß Früchte im Augenblick ihrer Separation dem Pfandnexus nicht mehr unterworfen sein sollen[5]). In diesem Sinne wird denn der Vertrag, daß nur das Grundstück nicht die Früchte verpfändet sein sollen, aufrecht

---

[1]) Cod. VIII. 22: de praetorio pignore et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat. 23: si in causa judicati pignus captum sit. Dig. XLII. 4: quibus ex causis in possessionem eatur.

[2]) Mecklb. Executions- und Subhastationsordnung vom 30. September 1857. §. 17 ff.

[3]) L. 21. D. d. pign. (20. 1.): Domo pignori data et area ejus tenebitur, est enim pars ejus, et contra, jus soli sequitur aedificium.

[4]) Vgl. oben §. 17. Note 3.

[5]) Das heißt, — das sonst an den separirten Früchten entstehende Pfandrecht kann durch vorherigen Vertrag ausgeschlossen werden.

erhalten. Die römische Jurisprudenz nimmt aber auch für den Fall, daß bei der Verpfändung von Grundstücken von den Früchten gar nicht geredet wird, als stillschweigende Meinung der Contrahenten an, daß der Verpfänder die separirten Früchte frei vom Pfandnexus veräußern könne, und der Pfandgläubiger sich an die fructus exstantes auch nur in subsidium halten solle, nämlich, wenn das Grundstück an sich zu seiner Befriedigung nicht ausreicht[1]).

2) Werden bei einem mit den Früchten verpfändeten Grundstücke diese (durch Zufall oder Menschenhand) getrennt: — so werden sie nach Analogie des Eigenthums selbständige Pfandobjecte und es entsteht für sie ein besonderes Pfandrecht.

3) Es giebt kein besonderes Pfandrecht an den integrirenden Theilen, also auch namentlich nicht an den hängenden Früchten eines Grundstücks. Werden sie speciell ohne das Grundstück verpfändet, so kann dieß nur als Verpfändung einer res futura interpretirt werden[2]), und das Pfandrecht erst mit der Separation derselben entstehen. Die römischen Juristen haben diese Consequenz aber nicht strenge durchgeführt. Rücksichtlich der Priorität nehmen sie an, daß das Alter dieses Pfandrechts nicht erst vom Augenblicke der Separation, sondern der Verpfändung datirt, — vorausgesetzt, daß sie überall separirt werden, mithin überhaupt ein eignes Pfandrecht an ihnen entsteht[3]).

---

[1]) L. 16. §. 4. D. d. pign. (20. 1): Interdum etiaum de fructibus arbitrari debet judex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent, et res non sufficit. Vgl. oben §. 83 Note 2.

[2]) L. 11. §. 3. D. qui pot. (20. 4): Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicut est de partu, et in fructibus si convenit, ut sint pignori.

[3]) Cit. l. 11. §. 3: — quaeritur an fundus vel jus utendi fruendi

§. 88.

In den Ländern Deutschlands, wo das Princip der Publicität und Specialität gilt, ist mit dem Begriffe der Hypothek an Grundstücken eine wesentliche Veränderung erfolgt, sodaß die Geschichte der Hypothek theilweise eine Geschichte ihres Begriffs ist. Man hat hier nämlich die Hypothek ihres accessorischen Charakters als eines wesentlichen Theils ihres Begriffs entkleidet. Eine Hypothek an einem Grundstücke kann hier zur Deckung einer Forderung dienen; es setzt aber die Entstehung einer solchen Hypothek keineswegs wesentlich eine zu deckende Forderung voraus. Sie ist ein selbständiger ideeller Werth und ein selbständiger Vermögensbestandtheil[1]). So gestaltet dient hier die Hypothek dazu, ein Grundstück zu mobilisiren, es in eine Anzahl von Werthen aufzulösen, und diese einzeln beliebig zu veräußern. Hieraus folgt, daß es nichts Widersinniges hat, wenn hier der Eigenthümer auf sein Grundstück Hypotheken auf seinen eigenen Namen eintragen läßt.

Elftes Kapitel.

Production der Werthe. Vereinigung der Productivkräfte. — Unentgeltliche Dienstleistung.

Das Mandat.

§. 89.

Das römisch-justinianeische Recht enthält unter der Rubrik: Mandati vel contra[2]) und de mandato[3]) eine Masse von

---

conventionis tempore fuerit debitoris. Dasselbe muß auch von den mit dem Grundstück verpfändeten Früchten gelten.

[1]) Vgl. die cit. meckl. Stadtbuchordnung §. 19.

[2]) Dig.: XVII. 2.

[3]) Inst. III. 26. Cod. IV. 35.

Rechtssätzen, welche keineswegs in einem einzigen Princip eine gemeinschaftliche factische Voraussetzung haben, und man irrt, wenn man den Complex dieser Rechtssätze für ein einziges Rechtsinstitut hält. Was alle diese Rechtssätze mit einander verbindet, ist lediglich ein gemeinschaftlicher historischer Ursprung und ein historischer Zusammenhang, und dies ist der Grund, weshalb sie von den römischen Juristen und später in den justinianeischen Rechtsbüchern zusammengeworfen sind.

Die Aufgabe der Theorie des heutigen Rechts ist, dies durch die Untersuchung des Entwickelungsganges der actiones mandati darzulegen, demnächst aber ohne alle Rücksicht auf diesen für uns bedeutungslosen Zusammenhang, weil er eben nur ein historischer ist, die einzelnen Rechtssätze nach den Principien, welche sie beherrschen, von einander zu sondern.

I. Die Rechtssätze des römischen Rechts vom Mandat.

A. Deren Ursprung und historische Entwickelung.

§. 90.

Vorbemerkung.

Die Geschichte des Mandats ist die Geschichte der actiones mandati. Sie setzt zu ihrem Verständniß und zu ihrer Beglaubigung die Kenntniß der Geschichte der actio negotiorum gestorum [1]) voraus.

§. 91.

Die actio mandati, obgleich älter als die actio negotiorum gestorum, hat sich dennoch bis zu einem gewissen Stadium in

---

[1]) Dankwardt, die negotiorum gestio, Rostock 1855. Kap. 1.

ganz gleicher Weise entwickelt, wie die letztere. Was von deren Ursprung und ursprünglichem Zweck gilt[1]), gilt auch vom Ursprung und ursprünglichen Zwecke der actio mandati.

§. 92.

Die actio mandati ist ebenfalls durch das prätorische Edict eingeführt. Dies darf als unzweifelhaft angesehen werden, da die Hauptmasse der in den Digesten niedergelegten Fragmente der römischen Juristen aus Schriften derselben „ad Edictum" genommen sind[2]).

§. 93.

Die Edicts-Worte sind verloren gegangen. Wir können jedoch aus der Interpretation dieses Edicts durch die römischen Juristen, aus dem uns erhaltenen Edict, durch welches die actio negotiorum gestorum eingeführt wurde[3]), und der inneren Verwandtschaft der negotiorum gestio mit dem Mandate, schließen, wie es gelautet haben muß, und daß es, wenn auch vielleicht mit geringer Abweichung, gelautet hat:

> Si quis ex mandatu negotia alterius gesserit, judicium eo nomine dabo[4]).

---

[1]) Dankwardt a. a. O. §. 1. 2.

[2]) L. 1. 3. 5. 6. 8. 9. 10. 12. 13. 14. 16. 22. 26. 27. 28. 40. 41. 42. 43. 46. D. Mandati (17. 1). Auch kommt in Betracht, daß die Compilatoren hier die Fragmente aus den Edictsschriften vorangestellt haben. Je weiter dem Ende zu, desto mehr Auszüge aus andern Schriften.

[3]) Es lautete: Si quis negotia alterius gesserit, judicium eo nomine dabo. L. 3. pr. D. d. neg. gest. (3. 5).

[4]) Man vergl. hier vorläufig: L. 5. pr. D. d. obl. et act. (44. 7.) (Si quis absentis negotia gessit — — ex mandatu) und beachte, daß der allgemeinste Inhalt eines jeden Mandats stets angegeben wird durch „negotia alicujus gerere". So z. B. Gajus in l. 2. D. Mandati: — Si tibi mandem, ut negotia mea geras, — ut Titii negotia gereres, — ut mea et Titii negotia gereres.

§. 94.

Die Absicht des Prätors war die Beseitigung der Scheu, Aufträge zu übernehmen und für den Mandanten in Vorschuß zu gehen. Was Justinian in seinen Institutionen von der practischen Bedeutung der actio negotiorum gestorum sagt, läßt sich auch auf die actio mandati anwenden. Auch hier kann man sagen: mandata sane nemo suscepturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem [1]). Und dies war der alleinige Zweck des Edicts; es war nur auf eine Klage des Mandatars abgesehen [2]). Noch zu Ulpian's Zeit gab es manche Juristen, welche der Ansicht waren, daß die Ansprüche des Mandanten aus der Vollführung des Mandats mit der actio negotiorum gestorum geltend zu machen seien, sodaß Ulpian ausdrücklich hervorhebt: Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret nec recte negotiorum gestorum cum eo agitur [3]).

§. 95.

Die Ausbildung dieses Edicts geschah im Wesentlichen durch die wissenschaftliche Thätigkeit der Juristen. Nur über Einzelheiten finden sich Rescripte der Kaiser [4]).

§. 96.

Die Aufgabe der Juristen war die Feststellung der factischen Voraussetzungen der im Edict verheißenen Klage und ihres Gegenstandes.

---

[1]) Vgl. §. 1. J. d. obl. quasi ex contr. (3. 27).
[2]) Vgl. Dankwardt a. a. O. §. 4.
[3]) L. 6. §. 1. D. Mandati (17. 1).
[4]) Cod. d. mand. (IV. 35).

§. 97.

Bei den Voraussetzungen waren die Fragen zu beantworten: 1) was sind negotia; 2) was ist unter negotia alterius zu verstehen, und 3) was heißt mandare?

§. 98.

Zuvörderst scheint man sich darüber einig gewesen zu sein, negotia alterius seien alle Geschäfte, welche für einen Andern vorgenommen werden können. So kommen Rechtsgeschäfte und einfache Handlungen ohne juristischen Charakter als Gegenstände des Mandats vor, und negotium ist bald ein einzelner Act bald ein Complex von Geschäften, namentlich die administratio omnium bonorum.

§. 99.

Ferner sind sie sich darüber einig, daß der Ausdruck „alterius“ ganz allgemein zu verstehen sei, daß also die Klage nicht bloß da competire, wo es sich um Geschäfte des Mandanten, sondern auch da, wo es sich um Geschäfte eines Dritten handle; nur dürfe es kein Geschäft sein, welches die eignen Angelegenheiten des Mandatars betreffe; dies sei kein negotium alterius; dagegen seien Geschäfte in Angelegenheiten des Mandatars und des Mandanten oder eines Dritten nicht ausgeschlossen. Gajus stellt dies im II. Buche seiner res quotidianae [1]) folgendermaßen zusammen: Mandatum inter nos contrahitur [2]), sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et tua sive tua et aliena;

---

[1]) L. 2. pr. D. eod.

[2]) Das heißt hier: „Der Mandant wird zum Ersatz der Impensen verpflichtet“. Denn daß Gajus in der ganzen l. 2. cit. lediglich an die Entschädigungsverbindlichkeit des Mandanten denkt, ergiebt sich klar aus dem Schluß der Stelle: nemo ex consilio obligatur.

quodsi tua tantum gratia id mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur [1].

§. 100.

Was endlich den Ausdruck: „mandare" anlangt, so wird erklärt, daß der Sinn lediglich der sei, daß das Geschäft mit Wissen und Willen eines Andern ausgeführt sei, und es komme auf den Ausdruck dieser Willenserklärung gar Nichts an. So sagt Paulus [2] ad Edictum: Sive rogo, sive volo sive mando, sive alio quocunque verbo scripserit, mandati actio est. Auch nahm man an, daß solche Willenserklärung stillschweigend geschehen könne. Si passus sim pro me fidejubere vel alias intervenire, mandati teneor [3]. Umgekehrt genüge der Ausdruck „mandare" nicht, um die Klage zu begründen, wenn das Wort den Sinn eines guten Raths habe. Dies sei dann der Fall, wenn es sich darum handle, daß der Mandatar lediglich sich selbst einen Dienst leisten solle. Wenn ich also, sagt Gajus, Jemanden aufforderе (tibi mandem), er solle doch lieber sein Geld in Grundstücken anlegen, als auf Zinsen geben oder umgekehrt, so sei eine solche Aufforderung kein Auftrag, — mandatum, und erzeuge daher keine Verbindlichkeit: — cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur; quia liberum est cujusque, apud se explorare, an expediat sibi consilium [4].

---

[1]) Diese detaillirte Ausführung ist offenbar eine genaue Bestimmung des Begriffs negotia alterius.
[2]) L. 1. §. 2. eod.
[3]) L. 6. §. 2. eod.
[4]) Cit. l. 2. §. 6. eod.

§. 101.

Die Voraussetzung der actio mandati war: der Auftrag, seine Ausführung und ein gemachter Vorschuß Seitens des Mandatars. Dieselbe entsprang keineswegs aus einem Vertrage, und ihre Competenz war unabhängig von der Existenz eines Vertrags. Eine Spur aus diesem Stadium der Entwickelung hat sich im Justinianeischen Rechte erhalten. Es entstand nämlich die Frage: ob der Mandant auch verpflichtet sei, dem Mandatar die Impensen zu ersetzen, wenn er nach bereits erfolgter Revocation des Auftrags denselben ausgeführt habe. Paulus entscheidet, der Mandatar habe allerdings einen Anspruch auf Ersatz der Impensen, wenn er den Auftrag ausgeführt habe, bevor er Kenntniß von der Revocation desselben empfangen. Das heißt: für die Ersatzverbindlichkeit des Mandanten ist die Existenz eines Contractsverhältnisses irrelevant; der Mandatar hat seinen Anspruch, weil er einen empfangenen Auftrag ausgeführt hat, und keine culpa ihm hierbei zur Last fällt. Aber der Grund, den Paulus für seine Entscheidung anführt: — ne damno afficiatur is, qui mandatum suscepit, beweist, daß nach strenger, zu seiner Zeit geltender Vertragstheorie eine actio mandati gegen den Mandanten hier nicht stattfinde [1]).

§. 102.

Als neben der actio mandati die actio negotiorum gestorum entstand, war man, um beide scharf zu unterscheiden, genöthigt, die mandati actio auf den Willen des Mandanten zurückzuführen, und man ließ sie consensu entspringen, im

[1]) L. 15. D. eod.: Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum.

Gegensatz zur actio ex negotio gesto. Von diesem Standpunkt aus sagt Gajus in der citirten Stelle [1]), indem er von der Ersatzverbindlichkeit des Mandanten spricht: — Mandatum inter nos contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum. Das Mandat wurde damit zum Consensual-Contract. Das hieß Anfangs aber nichts weiter, als: die Ersatzverbindlichkeit des Mandanten ist jetzt eine vertragsmäßige. Diese ältere Gestalt des Mandats als eines Consensual-Contracts hat eine wichtige Folge für das Justinianeische Recht gehabt. Dieser Vertrag nahm den Charakter eines Versicherungs-, eines Schadloshaltungs-Vertrags an, und wurde eine Form der Verbürgung. „Mandare" hieß jetzt nicht bloß, Jemandem mit einem Geschäfte beauftragen, sondern auch, Jemandem garantiren, daß er bei einem vorzunehmenden Geschäfte nicht zu Schaden kommen werde.

§. 103.

Ebenso wenig Schwierigkeiten, wie die factischen Voraussetzungen der Klage, machte die Feststellung ihres Gegenstandes. Die Absicht des Prätors war klar. Gegenstand der Klage war der Verlag, impendia, sumptus, — nebst den davon entbehrten Zinsen [2]). Aber nur der zur Ausführung des Auftrags nothwendige Verlag. Impendia mandati exsequendi gratia facta restitui omnimodo debent, sagt Gajus. Und die Frage nach der Nothwendigkeit wird vom Standpunkte des Mandatars, nicht des Mandanten beantwortet: nec ad rem pertinet, quod is, qui mandasset, potuisset, si

---

[1]) L. 2. eod.

[2]) L. 12. §. 9. eod.: — nec tantum, quod impendi, verum usuras quoque consequar.

ipse negotium gessisset, minus impendere[1]). Zum Verlage gehörten auch die gegen Dritte übernommenen Verbindlichkeiten[2]).

§. 104.

Während sich so die Klage des Mandatars entwickelte, mußte aus demselben Grunde[3]), wie bei der negotiorum gestio, ihr gegenüber eine Klage des Mandanten auf Berichterstattung[4]), Herausgabe aller Gegenstände, die der Mandatar durch die Ausführung des Mandats in die Hände bekommen[5]), und Ersatz des bei der Ausrichtung des Auftrags durch seine Schuld veranlaßten Schadens entstehen[6]). Beide Klagen hießen actiones mandati, ohne durch einen Zusatz unterschieden zu sein. Man sagt: agitur inter nos mandati actione[7]), und wenn es in einer Pandekten-Stelle heißt: tenetur mihi mandati actione, so muß erst aus dem Zusammenhang ersehen werden, welche von beiden Klagen gemeint sei. Diese durch die Praxis eingeführte

---

[1]) L. 27. §. 4. eod. l. 1. C. d. mand. (4. 35).

[2]) L. 45. D. mandati (17. 1). L. 28. D. d. neg. gest. (3. 5.): — id ei abesse videtur, in quo obligatus est.

[3]) Dankwardt, a. a. O. §. 15.

[4]) L. 46. D. §. 4. d. procur. (3. 3): Procurator ut in ceteris negotiis gerendis — — — bona fide rationem reddere debet.

[5]) L. 8. §. 10. D. mandati (17. 1): Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. — Eine besondere Bestimmung ist, daß der Mandatar den empfangenen Auftrag nicht benutzen soll, um sich zum Nachtheile Dritter Vortheile zu machen; er soll verpflichtet sein, solche durch Ueberschreitung des Auftrags für sich erlangte Vortheile an den Mandanten herauszugeben. L. 10. §. 8. eod.: — Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus. Et Labeo scribit, restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret.

[6]) L. 13. C. (4. 35): A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur.

[7]) Vgl. pr. J. d. mandato: — nec mandati inter vos actio nascitur.

Klage entsprang aus der Ausführung des Auftrags, — ex negotio gesto, weshalb eben noch zu Ulpians Zeit Manche glaubten, die Klage des Mandanten sei hier die act. neg. gestorum, und Ulpian daher ausdrücklich sagt: nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur[1]).

§. 105.

Der Mandatar war dem Mandanten gegenüber keineswegs verpflichtet, den Auftrag auszuführen. Er haftete also auch nicht, wenn er ihn unausgeführt ließ. Dieser Rechtszustand mag geraume Zeit gedauert haben. Als aber der Verkehr verwickelter wurde, als Mandate in den wichtigsten Angelegenheiten gegeben wurden, namentlich an Abwesende und oft weit Entfernte, von der Ausführung eines Auftrags oft viel abhing, — da konnte es dem Mandatar nicht länger freistehen, nach Belieben den Auftrag auszuführen oder auf sich beruhen zu lassen. Das practische Bedürfniß erforderte durchaus die Verpflichtung des Mandatars für die Ausführung des einmal übernommenen Auftrags einzustehen. Diese Verpflichtung wurde denn auch eine rechtliche, aber nicht durch Gesetz, sondern durch Interpretation und Praxis. Dies geht daraus hervor, daß Paulus diese Pflicht durch Schlußfolgerung zu begründen sucht: Sicut liberum est, mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet[2]). Auch spricht dafür, daß die römischen Juristen bei der Interpretation dieser Verpflichtung den Mandatar mit ganz außerordentlicher Schonung behandeln[3]). So wurde denn das Mandat, das sich im Laufe der Zeit rücksichtlich der Verpflichtung des Mandanten gegen den Mandatar schon als Consen-

---

[1]) Cit. l. 6. eod.

[2]) L. 12. §. ult. eod.

[3]) Vgl. unten §. 111.

sualcontract ausgebildet hatte, nun auch ein solcher rücksichtlich der Verpflichtung des Mandatars gegen den Mandanten, also ein zweiseitiger Consensualcontract. Von diesem Standpunkt der Entwicklung aus sagt Paulus ganz allgemein: Obligatio mandati consensu contrahentium consistit[1]). Dadurch bekam nun aber dieser ganze Vertrag einen neuen Charakter. Bisher ein bloßer Entschädigungsvertrag bei Gelegenheit eines Auftrags, wurde er jetzt auch ein Dienstleistungs-Contract, und Letzteres wurde der Hauptcharakter des Geschäfts; der Entschädigungsvertrag wurde zu einem bloßen stillschweigenden Pactum adjectum, und die Klage aus diesem seitdem mandati actio contraria genannt[2]).

§. 106.

Die Verpflichtung des Mandatars zur Berichterstattung, zur Herausgabe von Gegenständen, die der Mandatar aus dem Mandate in Händen hatte, wurde jetzt auch auf den Consens der Contrahenten zurückgeführt d. h. als Naturale negotii betrachtet. Dabei wurde die Frage aufgeworfen, ob die dem Mandatar Zwecks Ausführung des Mandats übergebenen Gegenstände nicht als res depositae zu behandeln seien. Labeo, wie Ulpian berichtet, verneint Dies: mandati eum teneri, nec esse probabilem sententiam existimantium, ex hac causa agi posse depositi; uniuscujusque contractus initium specdandum et causam[3]). Die Deposition solcher Sachen sollte also ebenfalls als Pactum adjectum des Mandatscontracts behandelt und dieselben mit der Hauptklage aus dem

---

1) L. 1. pr. eod.

2) Ulpian in l. 12. §. 7. eod.: Contrario judicio experiuntur — — Tit. Dig.: Mandati vel contra.

3) L. 8. pr. eod.

Contract zurückgefordert werden. Dabei blieb indessen eine andere Frage unerledigt: — ob der Mandatar rücksichtlich dieser Sachen für culpa lata oder levis hafte [1]).

§. 107.

Dadurch, daß das Mandat ein Dienstleistungs-Contract wurde, trat es neben die Locatio conductio operarum, und es ward nothwendig, die Begriffssphären dieser beiden Verträge gegen einander abzumarken. Das unterscheidende Moment war beim Mandat die Unentgeltlichkeit der Dienstleistung. Mandatum nisi gratuitum nullum est, sagt Paulus; nam originem ex officio et amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces; interveniente enim pecunia res potius ad locationem et conductionem respicit [2]).

§. 108.

Durch die Vereinigung zweier ganz heterogener Verträge, eines Entschädigungs- und eines Dienstleistungs-Vertrags in Einen Contract mußte man nothwendig in Verlegenheit gerathen bei der Bestimmung der Perfection dieses Contracts. Denn zur Perfection des Dienstleistungs-Vertrags gehört ein Moment, das für den Entschädigungs-Contract nicht in Betracht kommt. Die Perfection des Dienstleistungs-Vertrags erforderten in Interesse des Mandanten an der verlangten Dienstleistung, während dies für die Entschädigungsfrage gar nicht relevirt. Es war unbestritten, daß der Mandant ersatzverbindlich sei, gleichviel, ob er ein Interesse an der Ausführung des Auftrags gehabt oder nicht. Der Vertrag war also rücksichtlich des Ersatzes der Impensen stets perfect, konnte aber

---

[1]) Der Depositar haftet nämlich nur für culpa lata. L. 1. §. 8. D. depositi (16. 3).

[2]) L. 1. §. 4. D. mandati (17. 1).

rücksichtlich der Verpflichtung des Mandatars zur Ausführung des Auftrags nicht perfect sein. Und dennoch war das Ganze Ein Vertrag. Außerdem trat bei dieser Auffassung des Geschäfts ein unentwirrbarer Widerspruch hervor. Die Verpflichtung des Mandanten die Impensen zu ersetzen, beruhte auf einem stillschweigenden Pactum adjectum, folglich muß dasselbe als null zusammenfallen, wenn der Hauptcontract wegen mangelnden Interesses des Mandanten null ist: — dennoch steht der Satz fest: ne damno afficiatur is, qui mandatum suscepit[1]). Wie wickelten sich die römischen Juristen heraus?

§. 109.

Celsus, — berichtet Ulpian, sagt schlechtweg: Si tibi mandavero, quod mea non interest, veluti ut pro Sejo intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio et ego tibi sum obligatus[2]). Dies berichtigt aber Ulpian dahin: Si nihil interest, cessat mandati actio[3]). Er sagt jedoch: Mandati actio tunc competit, quum coepit interesse ejus, qui mandavit, et eatenus competit, quatenus interest[4]). Er trennt also für die rechtliche Beurtheilung die beiden historisch verwachsenen Verträge, — anerkennt, daß die Entstehung der actio des Mandatars unabhängig sei von dem Interesse des Mandanten an der Ausführung des Auftrags, anerkennt andrerseits die Nothwendigkeit eines Interesses für die Perfection des Mandats als Dienstleistungs-Vertrag, erklärt aber den letzteren nicht für null, wenn zu Anfang das Interesse des Mandanten nicht vorliegt, sondern läßt ihn als andauernden

---

¹) Cit. l. 15. eod.
²) L. 6. §. 4. eod.
³) L. 8. §. 6. eod.
⁴) Eod.

Willen beider Contrahenten fortbestehen, sodaß, wenn später ein Interesse des Mandanten eintritt, derselbe dann perfect wird und nun eine actio des Mandanten aus ihm entspringt. Daher sagt er: Mandati actio tunc competit, quum coepit interesse. Eine Consequenz dieser Auffassung war, daß mit dem Aufhören des Willens von der einen oder andern Seite der Vertrag annullirt wird, solange noch kein Interesse des Mandanten vorliegt, auch der Mandatar mit der Ausführung des Mandats noch nicht begonnen hat, mithin res adhuc integra est; also nicht bloß durch Revocation des Mandanten und Renuntiation des Mandatars, sondern auch durch Tod des Einen oder Andern; denn mit dem Tode hört aller Wille auf.

§. 110.

Noch in ein anderes Dilemma gerieth man dadurch, daß man den Mandatscontract als Dienstleistungscontract auffaßte. Es giebt nämlich Fälle, wo der Mandatscontract perfect wird in dem Augenblicke, wo der Dienst bereits geleistet ist, sodaß es sich nur noch um die Entschädigung des Mandatars handeln kann. So, wenn Jemand duldet, daß sich ein Anderer in seiner Gegenwart für ihn verbürgt. Hieraus ergiebt sich, daß der Mandatscontract nicht immer ein Dienstleistungscontract ist, sondern ein bloßer Entschädigungs-Vertrag sein kann. Dadurch wird es denn möglich, daß ein Auftrag, bei dessen Ausführung lediglich der Mandatar interessirt ist, dennoch den Mandanten zur Schadloshaltung verpflichten kann, nämlich wenn seine Absicht war, ihm zu garantiren, daß er aus dem fraglichen Geschäfte keinen Nachtheil haben solle. Ein solcher Fall ist der, wo Jemand ein Geschäft in eignen Angelegenheiten aus Furcht vor Nachtheil nicht vornehmen will, und nun ein Anderer ihn

aufforderte, es immerhin auf seine (des Mandanten) Gefahr vorzunehmen [1]).

§. 111.

Die römischen Juristen interpretirten die Verpflichtung des Mandatars sehr lau. Es giebt kein obligatorisches Verhältniß, bei dem der Schuldner eine so freie Stellung hat, wie der Mandatar. Zuvörderst kennt aber das römische Recht überhaupt keinen persönlichen Zwang, — keine Verurtheilung zu Dienstleistungen, die man übernommen. Der Verpflichtete wurde nur in eine Geldsumme verurtheilt [2]). Die rechtliche Verpflichtung des Mandatars zur Ausrichtung des Auftrags war also schon deshalb eine bloß theoretische; practisch haftete er nur mit seinem Vermögen d. h. fürs Interesse. Außerdem interpretirte man seine Verpflichtung dahin, daß es ihm freistehe, sich derselben durch einfache Abmeldung, — Renunciation zu entledigen, solange der Mandant selbst oder durch Bestellung eines andern Mandatars ohne Nachtheil das Geschäft selbst besorgen könne [3]). Paulus giebt daher die Verpflichtung geradezu als eine bedingte an. Susceptum mandatum consummari oportet, nisi renunciatum sit [4]). Justinian in seinen Institutionen

---

[1]) L. 6. §. 5. eod. Plane si id tibi mandavero, quod tua interest, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interest, aut si non esses facturus, nisi ego mandassem.

[2]) L. 13. §. 1. D. d. re judicata (42. 1): — in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.

[3]) §. 9. J. d. mand. (3. 27): Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit. L. 22. §. 11. D. mandati (17. 1): Revocari autem ita potest, ut integrum jus mandatori reservetur, vel per se vel per alium eandem rem commode explicandi (Paulus). Das Wort „jus“ heißt hier soviel als „conditio“. §. 11. J. loc. cit.: Nam nisi ita renunciatur, ut integra causa mandatori reservetur, eandem rem explicandi, nihilo minus mandati actio locum habet.

[4]) Cit. l. 22. §. 11. D. mandati.

als eine alternative: Susceptum mandatum consummandum aut quum primum renuntiandum[1]). Aber auch noch, wenn nicht mehr res integra war, blieb die Verpflichtung eine bedingte. Qui mandatum suscepit, sagt Gajus, si potest id implere, deserere promissum officium non debet, alioquin quanti mandatoris interest, damnabitur[2]). Denn dieses „non posse", welches Gajus vielleicht im strengen Sinne genommen hat, wurde von späteren Juristen in einem sehr weiten Sinne genommen. Abgesehen, daß hier nicht von einer objectiven, sondern nur von einer subjectiven Unmöglichkeit die Rede sein kann[3]), nahm man solche Impossibilität schon an, wenn der Mandatar sich durch die Ausführung des Mandats in Nachtheil setzen würde. Renunciari potest, sagt Paulus, — si redundet captio in eum, qui mandatum suscepit[4]). Andere Juristen gehen noch weiter. Sie entschuldigen den Mandatar schon wegen schlechten Befindens oder eingetretener Feindschaft. So Hermogenian; ja! dieser sagt ganz allgemein: seu (si) ob aliam justam causam excusationes alleget, audiendus est[5]). Paulus endlich entschuldigt ihn auch: ob inanes rei actiones[6]). Bei dieser Interpretation gehen die Juristen davon aus, daß das Mandat ein Freundschafts-Vertrag sei, originem ex officio et amicitia trahere. Damit aber von diesem Standpunkte aus die Verpflichtung des Mandatars nicht so gut wie null werde, legten sie ihm für den Fall, daß er den Auftrag nicht ausführen kann oder sonstige rechtliche Entschuldigungsgründe

---

[1]) §. 11. J. d. mand. (3. 27).

[2]) L. 27. §. 2. D. Mandati (17. 1).

[3]) Denn: impossibilium nulla obligatio.

[4]) Cit. l. 22. §. 11. eod. Und der Ausdruck „captio" ist hier so allgemein, daß man dabei füglich an bloße „Unannehmlichkeiten" denken kann.

[5]) L. 25. eod.

[6]) L. 24. eod.

hat, eine Renuntiations-Pflicht auf; er soll, sobald er kann, dem Mandanten melden, daß er den Auftrag nicht ausführen werde. Nur dann soll er frei sein von aller Verbindlichkeit, — es wäre denn, daß es ihm factisch unmöglich wäre, eine mündliche oder schriftliche Meldung an den Mandanten gelangen zu lassen [1]).

§. 112.

Die Begünstigung des Mandatars aus dem Gesichtspunkte des Freundschaftsvertrags ging noch weiter. Die Verpflichtung zur Ausrichtung des Auftrags wurde als eine höchst persönliche aufgefaßt, sodaß sie erlosch mit dem Tode des einen oder andern Contrahenten. Man nahm an, daß diese Verpflichtung von dem fortdauernden Willen des Mandanten abhänge, sodaß er nicht bloß durch eine mutatio voluntatis d. h. durch Revocation, sondern auch durch den Tod des Mandanten liberirt würde, jedoch mit der Beschränkung, daß im letzteren Falle der Mandatar das fragliche Geschäft nicht ohne Weiteres abandonniren dürfe. Julianus quoque srcipsit mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare [2]). Dem entsprechend sagt Justinian in den Institutionen: Si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum [3]). Ebenso wurde auch andererseits in der Renuntiation des Mandatars das Auf-

---

[1]) L. 27. §. 2. cit.: Se vro intelligit explere se id officium non posse, id ipsum, quum primum potuit, debet mandatori nuntiare, ut is, si velit, alterius opera utatur; quodsi quum possit nuntiare, cessaverit, quanti mandatoris interest, tenebitur; si aliqua ex causa non poterit nuntiare, securus erit.

[2]) Cit. l. 26. pr. eod.

[3]) §. 10. J. d. mand. (3. 27).

hören seines Willens, den Auftrag auszuführen als das Wesentliche angesehen und dem Tode des Mandatars dieselbe Wirkung beigelegt, wie der Renuntiation, aber ebenfalls mit der Beschränkung adhuc integro mandato [1]).

§. 113.

Indessen gilt alles Dieses nur von der Hauptverbindlichkeit des Mandatars aus dem Consensualcontract; alle übrigen Verpflichtungen desselben, welche bereits zu jener Zeit bestanden, als sich das Mandat noch nicht zu einem Consensualcontract gestaltet hatte, blieben durch Revocation, Renuntiation und Tod unberührt; denn das alte Recht ist in den Consensualcontract aufgenommen. Dies sind die Verpflichtungen des Mandatars ex negotio gesto d. h. aus der wirklichen Ausführung des Mandats, auf Berichterstattung, Schadenersatz und Herausgabe aller Gegenstände, welche er durch die Ausführung des Mandats in die Hände bekommen. Die Klage des Mandanten auf Erfüllung dieser Verbindlichkeiten war ihrem eigentlichen Wesen nach eine actio negotiorum gestorum, weshalb denn auch, wie bereits erwähnt, manche Juristen noch zu Ulpians Zeit die Competenz dieser Klage, nicht die actio mandati annahmen [2]). Ebenso war es mit der Verpflichtung des Mandatars, welche nur formell, nicht materiell dem Mandatscontracte angehörte, nämlich die Pflicht zur Restitution der von dem Mandanten beim Mandatar deponirten Sachen. Die desfallsige Klage des Mandanten war und blieb materiell die actio depositi, und wurde, weil diese Angelegenheit mit in dem judicium mandati verhandelt wurde, actio mandati genannt.

---

[1]) Cit. §. 10. J. eod. l. 27. §. 3 cit.
[2]) Cit. l. 6. §. 1. eod.

§. 114.

Nicht weniger haben die römischen Juristen den Mandatar begünstigt rücksichtlich seiner Entschädigungs-Forderung. Sie verpflichten ihn zwar die Grenzen des Auftrags einzuhalten. Diligenter, sagt Paulus, fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit aliud quid facit [1]). Aber wenn er sie überschritten hat, behandeln sie ihn doch möglichst gelinde. Indessen standen sich hier, wie in vielen andern Rechtsfragen, die Sabinianer und Proculejaner einander feindlich gegenüber. Jene waren streng consequent, diese milder. Die Justinianeische Compilation hat uns einen Streit beider Schulen über folgende Frage aufbewahrt. Wenn Jemand beauftragt wird, eine Sache für einen bestimmten Preis zu kaufen, und er für einen höheren Preis gekauft hat, — wie steht es mit seinem Entschädigungs-Anspruch [2])? Die Sabinianer entscheiden strenge, er könne gar nichts fordern [3]), weil er das Mandat überschritten, d. h. nicht den Auftrag ausgeführt, sondern etwas anderes gethan; die Proculejaner erkennen ihm den verlegten Preis bis zur Höhe des vom Mandanten limitirten Preises zu [4]), und diese Ansicht wurde von Gajus und Paulus gebilligt, — von Jenem aus Rücksicht der Humanität, — quae sententia sane benignior est [5]), von Diesem aus Rücksicht der Aequität, — namque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem si nolit, illi vero, si velit mecum esse [6]). Und dieser Ansicht hat sich Justinian an-

---

[1]) L. 5. pr. eod.

[2]) L. 3. §. 2. eod: Quod si pretium statui tuque pluris emisti?

[3]) Cit. l. 3. §. 2: — quidam negaverunt, te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses, id quod excedit, remittere.

[4]) L. 4. eod: Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat.

[5]) Cit. l. 4. eod.

[6]) Cit. l. 3. §. 2 in fine.

geschlossen, obgleich es wirklich zweifelhaft bleibt, ob diese Entscheidung so ganz der Humanität und Aequität entspricht. Die Sabinianer hätten nämlich wohl mit Grund den Proculejanern entgegensetzen können, — es sei unbillig den Mandanten zu zwingen, entweder mehr zu zahlen als er gewollt, oder sich vom Mandatar Etwas schenken zu lassen.

§. 115.

Die angeführten Begünstigungen des Mandatars entsprechen, ganz abgesehen von allen Freundschafts-, Humanitäts- und Aequitätsrücksichten, den volkswirthschaftlichen Interessen; mithin der öffentlichen Wohlfahrt. Nur bei jener freien rechtlichen Stellung des Mandatars und der möglichst coulanten Behandlung desselben in der Entschädigungsfrage bekommt man leicht Mandatare, d. h. Leute, welche Geschäfte für uns aus Gefälligkeit besorgen, namentlich solche, die für den Mandanten in Vorschuß gehen, und dies ist der Hauptzweck, den das Civilrecht im Auge haben und behalten muß, und den ursprünglich das prätorische Edict bei der ersten Einführung der actio mandati im Auge hatte. Die unentgeltliche Leistung einer Masse kleiner Dienste im Verkehr ist von außerordentlicher Wichtigkeit. Dadurch werden immense Summen gespart, und eine Menge productiver Geschäfte würde sonst unmöglich sein.

B. **Standpunkt des Justinianeischen Rechts.**

§. 116.

Das Mandat, wie es als Ein Rechtsinstitut im Justinianeischen Rechte vorliegt, ist ein historisches Conglomerat, in welchem Dinge verbunden sind, welche ihrer Natur nach nicht zusammen gehören. Die heutige Theorie des Civilrechts hat diese Bestandtheile zu trennen und demgemäß zu unterscheiden:

1. Das Mandat als reinen Dienstleistungs-Vertrag. Als solcher gehört es volkswirthschaftlich in die Lehre von der Vereinigung der Productivkräfte, juristisch in die Lehre von den Dienstleistungs-Verträgen und ist hier neben der locatio conductio operarum und operis abzuhandeln.

2. Das Mandat als Credit-Vertrag. Als solcher gehört es in die Lehre vom Credit[1]) und in specie vom Darlehen. Denn die Impensen des Mandatars sind dem Mandanten creditirte Werthe, und materiell als Darlehen an den Mandanten aufzufassen. Der Mandatar versieht hier die zwiefache Function als Darleiher und Mandatar de solvendo. Die actio mandati ist in Wirklichkeit eine Klage auf Rückzahlung eines Darlehens nebst Zinsen. Da indessen das Mandat als Credit-Vertrag nur als stillschweigendes Pactum adjectum zum Mandat als Dienstleistungs-Vertrag (1) vorkommt, so ist es zweckmäßig mit dem letzteren zusammen abzuhandeln, mit der Andeutung, wohin es eigentlich seinem Wesen nach gehöre.

3. Das Mandat als Entschädigungs-Vertrag. Als solcher gehört es volkswirthschaftlich in die Lehre von der Consumption, juristisch in die Lehre von den Versicherungs-Verträgen, theilweise in die Lehre von der Intercession; denn das Mandatum de credendo ist: Bürgschaft.

4. Das Mandat als einseitiger Auftrag und die daraus entspringende Verbindlichkeit des Auftraggebers zum Schadensersatz. Dieses obligatorische Verhältniß gehört volkswirthschaftlich ebenfalls in die Lehre von der Consumption, und fällt juristisch mit der actio ex lege Aquilia in factum in Eine Kategorie.

---

[1]) Vgl. Nationalök. u. I. Heft III. S. 70.

II. Heutiges Recht.

A. Das Mandat als Dienstleistungs-Vertrag.

A. Begriff.

§. 117.

Der Mandatscontract fällt mit der Dienstmiethe unter Einen gemeinschaftlichen Begriff. Beide lassen sich definiren als Verträge, durch welche sich der eine Contrahent dem andern verpflichtet, eine Handlung, — ein Geschäft statt seiner vorzunehmen, also ihm einen Dienst zu leisten[1]). Der Unterschied ist lediglich der, daß bei dieser der Dienst bezahlt wird, bei jenem nicht. Das Mandat verhält sich zur Dienstmiethe, wie die Schenkung zum Verkauf. Die vertragsmäßige Unentgeldlichkeit des Dienstes d. h. der übereinstimmende Wille, daß der Dienst umsonst geleistet werden solle, gehört zum Wesen[2]) des Mandatscontracts. Es steht jedoch nicht im Widerspruch mit der Unentgeldlichkeit, daß von den Contrahenten ein Honorar beredet wird[3]). Denn vorher beredetes Honorar ist das, was, nachträglich gegeben, eine remuneratorische Schenkung[4]) sein würde. Der Begriff und die Beredung des Honorars setzt mithin voraus, daß man sich über die Unentgeldlichkeit des Dienstes einig ist. Der Lohn, merces, ist ein wirklicher Preis für die Arbeit, einschließlich des dazu nöthigen Verlags; das Honorar ein pretium affectionis, eine Erkenntlichkeit für die freundliche Gesinnung und kann daher bei

---

[1]) Die Römer bezeichnen diese Dienste bei der loc. conduct. durch operae und opus, beim Mandat durch negotia gerere. L. 2. §. 1. 2. 3. D. eod.

[2]) Cit. l. 1. §. 4. eod.

[3]) L. 6. pr. eod: — erit mandati actio.

[4]) Cit. l. 6. pr.: — Si remunerandi gratia honor intervenit. — —

der Dienstmiethe neben dem Lohn als Extravergütung vorkommen [1]). Daraus folgt, daß, wenn die Contrahenten sich ausdrücklich des Wortes „Honorar" bedient haben, der Vertrag damit noch kein Mandat ist. Bei einzelnen Gewerbtreibenden wird regelmäßig das Aequivalent der Dienstleistung Honorar genannt [2]); so von Advocaten, Aerzten, Professoren, Künstlern ꝛc. Dieses sog. Honorar ist wirkliche merces; denn sie fordern es nicht pro officio et amicitia, sondern für ihre Arbeit und wollen davon leben.

§. 118.

Das bloße Schweigen über eine Vergütung macht den Vertrag ebenfalls nicht zum Mandat. Denn Dienstleistungen können einen Marktwerth haben, ja, zu einem stehenden Gewerbe gehören und eine merces stillschweigend beredet werden [3]). Nur, wenn die verlangte Dienstleistung keinen Marktwerth hat oder der Beauftragte eine Person ist, die sich solche Dienste nicht bezahlen läßt, ist beim Schweigen des Contrahenten über eine Vergütung der Vertrag als Mandat zu nehmen.

B. Gegenstand.

§. 119.

Gegenstand des Mandats kann ein Rechtsgeschäft oder ein Geschäft ohne juristischen Character sein. Aber nur solche Rechtsgeschäfte, welche für einen Andern vorgenommen werden, also eine

---

1) Vgl. Nat. u. J. Heft II. S. 11. Note 36.

2) Der Grund ist ursprünglich Eitelkeit und Verachtung des Arbeiter-Standes. Solche Leute glauben, daß, wenn sie den Preis für ihre Arbeit „Lohn" nennen, sie sich in die Classe gemeiner Arbeiter versetzen.

3) Dies wird übersehen in §. 12. J. h. t.: Et adeo si fulloni polienda curandave vestimenta quis dederit aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.

unmittelbare oder mittelbare Stellvertretung zulassen, können Gegenstand eines Mandats sein[1]).

§. 120.

Nach allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts muß die Dienstleistung

1) möglich sein[2]). Als unmöglich gelten unerlaubte und unsittliche Handlungen[3]). Die Unmöglichkeit kann eine factische[4]) und eine juristische sein; letzteres, wenn die Dienstleistung in einem Rechtsgeschäft besteht, das keine Stellvertretung zuläßt[5]).

2) bestimmt[6]), sodaß der Mandatar genau weiß, was er zu thun hat.

3) Der Mandant muß an der Dienstleistung ein Interesse haben. Nur unter dieser Voraussetzung können die Negotia eines Dritten Gegenstand des Mandats sein[7]).

C. Perfection.

§. 121.

Das Mandat wird, wenn die Contrahenten sich über die Essentialien desselben einig sind, dadurch nicht null, daß der Man=

[1]) Die Quellen reden nur von solchen Rechtsgeschäften als Gegenständen des Mandats.

[2]) L. 185. D. d. R. J. (50. 17): Impossibilium nulla obligatio.

[3]) L. 26. D. d. V. O. (45. 1): Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti. §. 7. J. h. t.: Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est. L. 6. §. 3. D. h. t.: Rei turpis nullum mandatum est.

[4]) L. 35. pr. D. d. V. O. (45. 1): Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, ut detur, quod dari non potest.

[5]) L. 90. pr. D. d. acq. vel omitt. hered. (29. 2): Per procuratorem hereditatem adquiri non posse.

[6]) L. 94. 95. D. d. V. O. (45. 1). l. 12. §. 12. D. h. t.: — Cum quidam talem epistolam scripsisset amico suo, rogo te commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum, non obligabitur mandati.

[7]) Cit. l. 8. §. 6. D. eod. (§. 109 Note 3).

dant nicht gleich Anfangs ein Interesse an der Dienstleistung hat, sondern besteht fort und wird obligatorisch, wenn später das Interesse des Mandanten eintritt [1]). Dies gilt namentlich von den Fällen, in denen Jemand einen Andern beauftragt, negotia Dritter zu geriren. Inzwischen macht aber die Revocation des Mandanten, die Renunciation des Mandatars und der Tod des Einen oder Andern den Vertrag null [2]).

D. Inhalt der Obligatio.

§. 122.

Hier ist zu unterscheiden die Hauptverbindlichkeit des Mandatars und seine Nebenverbindlichkeiten, ferner die Verbindlichkeiten, welche lediglich aus dem Vertrag entspringen und diejenigen, welche die ganze oder theilweise Ausführung des Mandats voraussetzen.

§. 123.

1) Die Hauptverbindlichkeit geht dahin, den Auftrag genau und pünktlich mit der Sorgfalt eines bonus et diligens paterfamilias auszuführen [3]) und der Mandatar haftet, wenn er es hieran ermangeln läßt, also culposer Weise den ganzen Auftrag unausgeführt läßt oder mangelhaft ausführt, dem Mandanten für das gesammte Interesse [4]). Der Mandant hat gegen ihn dieser=

---

1) Cit. l. 8. §. 6: Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse. — —

2) Vgl. oben §. 109.

3) Cit. l. 12. §. ult. eod. Vgl. oben §. 105. L. 5. pr. D. eod. Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt. Daß der Mandatar den Auftrag selbst ausführt, daran hat der Mandant kein Interesse. Er darf also substituiren.

4) Cit. l. 13. C. h. t. (§. 104). Bei der Anstellung eines Substituten haftet er für culpa in eligendo. L. 21. §. 3. D. d. neg. gest. (3. 5): — teneris . . . quod imprudenter eum elegeris. Fällt dem Mandatar hiebei keine culpa zur Last, so ist er nur zum praestare actiones verpflichtet d. h.

halb die actio mandati, welche heutzutage eine Verurtheilung in die versprochene Dienstleistung zur Folge hat und im Wege der Zwangsexecution durchgesetzt werden kann, wenn er einfach contumax ist.

§. 124.

2) Der Mandatar ist verpflichtet, alle ihm zum Zwecke der Ausführung des Mandats übergebenen Gegenstände zu restituiren. Die Uebergabe solcher Sachen ist ein wirkliches Depositum [1]) und wird nur formell als Theil des Mandatscontracts behandelt. Der Mandatar haftet hier also nur für die custodia d. h. für das Abhandenkommen [2]) der Sachen und prästirt nur dolus und lata culpa in custodiendo. Weil aber das Depositum hier als Pactum adjectum des Mandats gilt, so ist theoretisch die Klage auf Restitution nicht die actio depositi, sondern mandati [3]).

§. 125.

3) Der Mandatar ist, sobald er den Auftrag ausgeführt oder auch nur begonnen hat, verpflichtet, dem Mandanten über das, was er bisher gethan, genauen Bericht zu erstatten [4]), voraus-

---

er hat die ihm gegen den Substituten zustehenden Klagen dem Mandanten zu cediren (§. 126). Aber die Substitution selbst ist culpa, wenn ihm diese vom Mandanten untersagt ist; er haftet also im letzteren Fall für den Substituten schlechthin, d. h. — was der Substitut gethan, wird schlechtweg angesehen, als hätte er es selbst gethan, und hiernach bemessen, ob er den Schaden zu ersetzen hat oder nicht. Das Verbot der Substitution kann stillschweigend sein, z. B. wo die Ausführung des Auftrags eine besondere Wissenschaft, Kunst oder Geschicklichkeit erfordert, wie die Führung eines Processes, — die Behandlung eines Patienten.

[1]) Kein Mandatum custodiae.

[2]) Also nicht für das Verderben der Sachen. In dieser Beziehung haftet er nur ex lege Aquilia; dann aber auch für levis culpa.

[3]) Cit. l. 8. pr. D. eod. Vgl. oben §. 106.

[4]) Cit. l. 46. D. d. procurator. (3. 3). Vgl. oben §. 104 u. 106.

gesetzt, daß der Mandant hieran ein Interesse hat. Diese Verpflichtung wird theoretisch auf den Mandatscontract zurückgeführt. Die dieserhalb gegen den Mandatar competirende Klage ist daher nicht die actio negotiorum gestorum, sondern mandati.

§. 126.

4) Endlich hat er die durch die Ausführung des Mandats in seine Hände gelangten Gegenstände herauszugeben. So bei einem Verkaufs-Mandat das empfangene Pretium, bei einem Eincassirungs-Mandat das empfangene Geld, bei einem Auftrag, ein Capital zinsbar zu belegen, die erhobenen Zinsen, bei einem Zahlungs-Mandat die empfangene Quittung u. s. w. [1]). Hat er bei der Ausführung des Auftrags bloß actiones erworben, z. B. wenn der Auftrag bloß dahin ging, einen Kaufcontract zu schließen, so hat er diese zu cediren [2]). Dahin gehört auch die actio des Mandatars gegen seine Substituten auf Schadensersatz, wenn der Erstere außer culpa ist und deßhalb selbst dem Mandanten nicht haftet. Auch hier competirt aus demselben Grunde die actio mandati.

E. Endigung der Obligatio.

§. 127.

Es sind hier wiederum zu trennen die Hauptverbindlichkeit aus dem Contracte und die übrigen Verpflichtungen des Mandatars.

1) Die Verpflichtung zur Ausführung des Mandats erlischt:

---

[1]) Cit. l. 8. §. 10. D. h. t. Vgl. oben §. 104 u. 113. Auch rücksichtlich dieser Verpflichtung haftet er für levis culpa. Denn die cit. l. 13. C. h. t. bezieht sich auch hierauf. — Vgl. cit. l. 10. §. 8. D. h. t. (§. 104. Note 5.)

[2]) Cit. l. 21. §. 3. D. d. neg. gest. (3. 5). Vgl. oben §. 123. Note 4.

a. Durch den Wegfall des Interesses des Mandanten[1]).

b. Durch Revocation des Mandats und den Tod des Mandanten[2]). Im letzteren Fall bleibt aber der Mandatar verpflichtet, ein angefangenes Geschäft zu vollenden[3]).

c. Durch einseitigen Rücktritt des Mandatars. Der Mandatar hat das Recht durch Renunciation seine Verpflichtung zur Ausführung des Mandats aufzuheben, vollständig, so lange res integra ist[4]). Geschieht die Abmeldung später, so bleibt er dem Mandatar zum Ersatz des dadurch angerichteten Schadens verpflichtet[5]). Der Tod des Mandatars hat die Wirkung der Renunciation[6]).

d. Durch den Eintritt einer justa causa, die Ausführung des Mandats zu unterlassen. Diese liegt dann vor, wenn Umstände eintreten, unter denen man selbst einem Freunde die Erfüllung der übernommenen Pflicht nicht zumuthen kann[7]). Solche Umstände sind: Nachtheile, welche den Mandatar

---

[1]) Cit. l. 8. §. 6. h. t.: — et eatenus competit (actio mandati), quatenus interest. Utputa mandavi tibi, ut fundum emeres, — si eundem hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque interest aliquid, cessat mandati actio.

[2]) Vgl. oben §. 109. 112. cit. l. 26. pr. eod. §. 10 J. h. t.

[3]) Cit. l. 26. pr.: — sed obligationem aliquando durare. Vgl. l. 24. §. 2. D. d. neg. gest. (3. 5): — Si vivo Titio negotia ejus administare coepi, intermittere mortuo eo non debeo, nova tamen inchoare necesse mihi non est.

[4]) Vgl. oben §. 109. 111. Cit. §. 11. J. h. t. Das Requisit „res integra" liegt vor, wenn der Mandant überhaupt noch kein Interesse an der Ausführung des Auftrags hat oder doch füglich und ohne Schaden die Angelegenheit (selbst oder per alium) besorgen kann. Cit. §. 11. J.: — — ut per semet ipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur.

[5]) Cit. §. 11. J. eod: — nihilominus mandati actio locum habet.

[6]) Cit. §. 10. J.: — integro mandato. — — Vgl. oben §. 112.

[7]) L. 1. §. 4. h. t.: Mandatum — — originem ex officio et amicitia trahit. Cit. l. 25 eod.

bei Ausführung des Auftrags treffen würden[1]), Krankheit, Behinderung durch eigne wichtige Angelegenheiten, eingetretene heftige Feindschaft zwischen dem Mandatar und Mandanten[2]). Ob die causa eine justa sei, steht zum richterlichen Ermessen. In allen solchen Fällen hat aber der Mandatar die Verpflichtung, dem Mandanten die Anzeige zu machen, daß er den Auftrag nicht ausführen werde. Unterläßt er dies, so bleibt er zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er nicht factisch verhindert ist, irgend eine (schriftliche oder mündliche) Meldung an den Mandanten gelangen zu lassen[3]).

2) Die übrigen Verbindlichkeiten des Mandatars bleiben durch die Aufhebung der Hauptverbindlichkeit unberührt. Denn wenn sie auch formell auf den Mandatscontract zurückgeführt werden, so haben sie doch materiell ihre eignen obligatorischen Gründe. Der Mandatar bleibt also verpflichtet, die bei ihm deponirten Sachen zu restituiren, über die bisherige Geschäftsführung Bericht zu erstatten, soweit der Mandant hieran ein Interesse hat, und die durch Ausführung des Mandats in seine Hände gelangten Gegenstände herauszugeben. Für die Aufhebung aller dieser Verbindlichkeiten normiren die allgemeinen Aufhebungsgründe obligatorischer Verhältnisse[4]).

B. Das Mandat als Credit-Vertrag.

§. 128.

Der Mandatar ist durch den Mandatscontract (A) nicht ver-

---

[1]) Das heißt solche, welche unersetzlich sind oder doch vom Mandanten nicht ersetzt werden. Letztere sind die, welche nicht durch die Ausführung des Auftrags, sondern durch mitwirkende Naturereignisse eintreten.

[2]) Vgl. oben §. 111 und die dort citirten Stellen.

[3]) Cit. l. 27. §. 2 eod. Vgl. oben §. 111. a. E. —

[4]) L. 58 eod: — mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur.

pflichtet, die zur Ausführung des Auftrags nöthigen Impensen vorzuschießen. Dies müßte durch einen besondren Nebenvertrag stipulirt sein [1]). Jeder Auftrag enthält aber die stillschweigende Aufforderung, die nöthigen Vorschüsse zu machen, und das stillschweigende Versprechen, ihm solche, wenn er sie machen würde, mit Zinsen zu ersetzen [2]). Diese Proposition des Mandanten wird durch die wirkliche Aufwendung der Impensen zu einem Creditvertrage. Die Vorschüsse sind creditirte Werthe, der stillschweigende Credit-Vertrag ist materiell ein Darlehens-Vertrag, und nur insofern, als dieser als Theil des Mandatscontracts behandelt wird, ist die Restitutionsklage eine actio mandati. Weil diese Restitutionspflicht materiell ihren eignen obligatorischen Grund hat, bleibt sie von der Aufhebung des Mandatscontracts unberührt. Durch die Revocation des Auftrags wird auch die stillschweigende Aufforderung an den Mandatar, Vorschüsse zu machen revocirt; aber sind die Vorschüsse gemacht, ehe die Revocation an den Mandatar gelangt, so müssen sie vom Mandanten restituirt werden [3]). Ebenso, wenn die Vorschüsse nach dem Tode des Mandanten gemacht sind, aber bevor der Mandatar Kenntniß von dem Ableben des Mandanten hatte [4]). Zu den Impensen gehören auch die Schulden, welche der Mandatar gemacht hat, um das Mandat auszuführen [5]). Die stillschweigende Aufforderung des Mandatars, in Vorschuß zu gehen, beschränkt sich rücksichtlich der Höhe der Impensen durch den Willen des Man-

[1]) Es wäre denn, daß der Auftrag grade dahin ginge, einen Vorschuß für den Mandanten zu machen, wie beim mand. de solvendo.

[2]) Vgl. oben §. 102.

[3]) Cit. l. 15. D. eod. Vgl. oben §. 101 a. E. Note 1.

[4]) L. 26. pr. eod: — si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur.

[5]) Cit l. 1. C. h. t.: Adversus eum, cujus negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri.

danten; dieser geht stillschweigend nur auf die nothwendigen[1]) Impensen; außerdem kann die Höhe derselben ausdrücklich begrenzt sein. Geht der Mandatar über diese Grenzen hinaus, so hat er auf Restitution des Plus keinen Anspruch[2]). Mehrere successiv gemachte Vorschüsse gelten als ebensoviele zinsbare Darlehen. Für jeden solchen Vorschuß sind daher die Zinsen besonders zu berechnen; die Zinsen für die Vorschüsse laufen also von den respectiven Tagen an, wo sie gemacht werden.

C. Das Mandat als Entschädigungs-Vertrag.

§. 129.

Es kann Jemand einen Andern auffordern, eine Handlung vorzunehmen, ohne die Absicht, ihn zur Ausführung des Geschäfts zu verpflichten, aber mit der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Absicht, die Gefahr des Geschäfts tragen zu wollen. Einen solchen Vertrag, der durch die Ausführung des Geschäfts perfect wird, kann man Mandat nennen; derselbe ist aber Nichts weiter als ein Entschädigungs- oder Garantie-Vertrag. Derselbe liegt auch dann vor, wenn der Auftraggeber zwar die Absicht hat, den Beauftragten zu verpflichten, diese Pflicht aber wegen mangelnden Interesses des Mandanten nicht existent wird. Dahin gehört namentlich das Mandatum de credendo d. h. die Aufforderung, einem Dritten zu creditiren, insonderheit ihm ein Darlehen zu geben[3]). Die Entschädigungsklage nennen die Römer ebenfalls actio mandati, obgleich sie mit dieser Nichts gemein hat, als das „auffordern" lateinisch „mandare" heißt. Das

---

[1]) Cit. L. 27. §. 4. D. h. t. Vgl. oben §. 103.
[2]) Cit. L. 3. §. 2. l. 4. eod. Vgl. oben §. 114.
[3]) L. 6. §. 4. eod. l. 8. §. 6. eod. Vgl. oben §. 109.

Mandatum qualificatum oder de credendo hat materiell den Character einer Intercession und hat bei den Römern auch rechtlich denselben angenommen. Der Entschädigungsklage stehen daher hier die Beneficien des Bürgen: die exc. excussionis, divisionis und cedendarum actionum entgegen [1]).

D. Das Mandat als einseitiger Auftrag.

§. 130.

Wenn Jemand einem Andern erklärt, daß er mit ihm in irgend ein bestimmtes Contractsverhältniß treten will, und in der Voraussetzung seiner Einwilligung, ihn auffordert, bestimmte Einrichtungen zu treffen, die demselben Kosten verursachen, dieser die Aufwendungen macht und demnächst durch die Schuld des Proponenten das beabsichtigte Contractsverhältniß nicht zu stande kommt: so ist der Letztere den Ersteren zum Ersatz des Schadens verpflichtet [2]). Die Römer geben in diesem Falle ebenfalls die actio mandati, obgleich hier Nichts weiter vorliegt als ein culposes damnum injuria datum.

§. 131.

Auch das Mandatum ad agendum mit der Beredung, daß der Beauftragte das eingezogene Object der Klage für sich behalten solle (Cession), gehört hierher. Dieses Mandat ist eine bloße Ermächtigung die Klage anzustellen und erzeugt an sich weder auf der einen noch auf der andern Seite eine Verbindlichkeit. Aber insofern der Mandant dem Procurator in

---

[1]) Puchta Pand. §. 404.

[2]) Cit. l. 6. §. 5. eod: — si non esses facturus, nisi ego mandassem Vgl. oben §. 110.

rem suam [1]) hier die Existenz der zu realisirenden Forderung, — das „esse debitorem“ garantirt [2]), gehört dieses Mandat unter die §. 130 erwähnten Fälle.

Zwölftes Kapitel.

Gewerbe, Handel, Peculium.

§. 132.

Ueber Entstehung und Entwickelung von Gewerbe und Handel giebt die Einführung des Geldes und die Veränderung seiner Form Aufschluß [3]). Ob es überhaupt in Rom eine Periode ohne alle Geldcirculation gegeben hat, ist zweifelhaft. Die Ueberreste der griechischen Sprache, welche sich in der römischen finden: pater, mater, filius, domus, equus, bos, asinus, aratrum, Deus, beweisen klar, daß die erste römische Staatsgesellschaft aus griechischen Ansiedlern bestand. Weil dieselben aber — wenigstens nach den Berichten römischer Historiker, keine Weiber hatten, so läßt sich weiter annehmen, daß ihre Einwanderung in Italien keine freiwillige war. Es ist daher wahrscheinlich, daß die ersten Ansiedler die Besatzung eines griechischen Schiffes waren, das an der Mündung der Tiber um das Jahr 753 v. Chr. scheiterte, mit bewaffneter Hand ein kleines Terrain occupirten und eine Ackerbau-Colonie gründeten [4]). Als Griechen der da-

---

[1]) L. 55. D. d. procur. (3. 3).

[2]) L. 4. D. d. hered. vel act. vendita (18. 4): Si nomen sit distractum, Celsus libro IX. digestorum scribit, locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare nisi aliud convenit.

[3]) Roscher, System. Bd. I. §. 119. Nationalök. u. J. Heft I. S. 24.

[4]) Daß die ältesten römischen Bürger Bauern waren, ist auf Grund der Geschichte des römischen Civilrechts für unzweifelhaft zu halten. Schon

maligen Zeit kannten sie das Geld und, da der Kauf als Platzgeschäft, unter dem Ausdruck mancipatio schon in uralter Zeit vorkommt: — so darf man wohl nicht zweifeln, daß das Geld schon in der ältesten Zeit Roms circulirte. Das Geld bestand aus rohen Kupferstücken, die bei Zahlungen gewogen wurden. Die Zahlungen per aes et libram gehören der ältesten Zeit an, die numeratio pecuniae kommt viel später auf. Solange diese Form des Geldes ausreichte, gab es gewiß nur einen spärlichen Handel und folglich auch keine eigentliche Manufactur-Industrie. Die Zeit, wo das Kupfergeld unbequem wurde und das Bedürfniß nach Silbergeld entstand, dürfen wir als die Zeit betrachten, wo Handel und Gewerbe in Rom erwachten. Dies war kurz vor dem ersten punischen Kriege [2]. Bis dahin haben wir uns den civis Romanus als Bauern zu denken, der sein einfaches Mobiliar, seine Kleidung, seine Ackergeräthschaften und Waffen durch seine Sclaven anfertigen ließ. Luxus-Gegenstände gab es nicht; nur dann und wann erstand er wohl von einem Peregrinen, der bei ihm als Hausirer [3]) erschien, ein ausländisches Fabrikat.

---

das Verzeichniß der alten res mancipi, welche als das stehende Capital des römischen Landmanns zu betrachten sind (fundus Italicus, servitutes praed. rusticorum, servi, boves, equi muli und asini), ferner der Umstand, daß die landwirthschaftlichen Servituten, nicht die städtischen, res mancipi waren, beweist dies mit Evidenz. Vgl. N. u. J. Heft III. S. 15.

[1]) N. u. J. a. a. O. S. 17.

[2]) Roscher a. a. O.

[3]) Ueberall beginnt der Handel zuerst als Hausirhandel. Und kehrt dahin zurück; denn heutzutage treiben die größten Handlungshäuser vorzugsweise Hausirhandel, indem sie ihre Geschäftsreisenden in alle Welt aussenden. Freilich führen sie das Waarenlager nicht bei sich, sondern statt dessen nur Proben. Sie sind vom Standpunkte kaufmännischer Speculation den Bettelmönchen zu vergleichen, welche schaarenweise das Land durchzogen und für ein Kloster einsammelten, unterscheiden sich aber von diesen wesentlich darin, daß sie der Menschheit großen Nutzen stiften.

§. 133.

Die ältesten Handwerker Roms mit selbständiger Wirthschaft waren Sclaven; die ältesten Kaufleute Peregrinen. Wer mehr Sclaven hatte, als er gebrauchte, entledigte sich dieser Last dadurch, daß er den Sclaven mit einem kleinen Capital, — peculium genannt, ausrüstete, um damit eine eigne kleine Wirthschaft zu begründen und sich selbst zu ernähren[1]). Aus solchen Sclaven gingen die Handwerker hervor. Da der Sclave kein eignes Vermögen haben konnte[2]), so verblieb das Peculium seinem Herrn; es war nur factisch von dem Vermögen des letzteren getrennt und befand sich nur factisch in den Händen der Sclaven. Daher konnte der Herr zu jeder Zeit das Peculium wieder einziehen[3]), auch den Sclaven wieder an sich nehmen. Auch mußte der Sclave Alles, was er erwarb, nothwendig für seinen Herrn erwerben und so gehörte auch der Zuwachs des Peculiums dem Letzteren[4]). Aus diesem Grunde war es denn auch vortheilhafter, einen Sclaven, dessen man sich entledigen wollte, mit einem Peculium einzusetzen, als ihn freizulassen. War der Sclave fleißig und geschickt, so konnte sein Herr durch ihn ein reicher Mann werden. Durch diese Einrichtung wurden im Verkehr eigenthümliche Verhältnisse hervor-

---

[1]) L. 5. §. 3. D. d. peculio (15. 1): Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pussillum. l. 5. §. 4. eod.: Peculium autem Tubero quidem sic definit . . . quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet. §. 10. J. d. act. (4. 6): — — quod veluti patrimonium est — — servorum.

[2]) Sclaven und Kinder in potestate bezeichnete der Römer als personas, per quas nobis acquiritur. Tit. J. II. 9. Cod. IV. 27. J. III. 28: per quas personas nobis obligatio adquiritur.

[3]) L. 8. eod.: contra autem simulatque noluit peculium servi, desinit peculium esse.

[4]) Siehe die Note 2 citirten Stellen.

gerufen, die der rechtlichen Normirung bedurften; — diesen Complex von Rechtssätzen kann man unter den Ausdruck: — Peculiar-Recht zusammenfassen [1]).

§. 134.

Ein solcher mit einem Peculium angesetzter Sclave stand im Publicum da, wie ein freier Mann mit eigner Wirthschaft und eignem Vermögen. Niemand konnte ihm seine Unfreiheit ansehen und Vielen war es unbekannt, daß er ein Sclave sei. Er contrahirte wie ein freier Mann mit Jedem und machte Schulden bei seinem eigenen Herrn [2]). Wurde er nun insolvent, so erklärte er, daß er Sclave des Titius sei und diesem das Vermögen gehöre, das er besitze; der Titius zog sein Peculium ein, und erklärte, daß die mit seinem Sclaven abgeschlossenen Contracte nichtig seien und er nicht verpflichtet sei, Schulden, welche sein Sclave gemacht habe, zu bezahlen. Dies war die einfache Consequenz des damals geltenden Rechts. Es liegt auf der Hand, daß ein solcher Rechtszustand nicht von Dauer sein konnte; denn der ganze Credit aller Handwerker kam dabei auf Null herab. Das prätorische Edict [3]) schritt daher sehr bald ein und erklärte, daß der Herr des Sclaven für die Peculiarschulden bis zum Belauf des Peculiums (peculio tenus) verhaftet sei. Der Prätor gab die Klage aus dem mit dem Sclaven geschlossenen Contract mit den Zusatz de peculio gegen den

---

[1]) Das Peculiarrecht gehört in die Lehre vom Credit und den zur Begründung und Förderung des Credits bestehenden Rechtssätzen. Vgl. Nat. u. J. Heft III. S. 72.

[2]) L. 9. §. 2. eod.: Peculium autem deducto, quod domino debetur, computandum esse.

[3]) L. 1. §. 1. eod.: Est autem triplex hoc edictum, aut enim de peculio aut de in rem verso aut Quod jussu hinc oritur actio. L. 1. §. 2. eod.: Verba autem edicti talia sunt: Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit.

Herrn und dieser wurde verurtheilt, die Peculiarschulden „aus dem Peculium" zu bezahlen. Nur insoweit blieb der alte Rechtszustand, daß dem Herrn das Recht zur Einziehung des Peculiums bis zum Belauf seiner eigenen Forderungen aus den mit dem Sclaven geschlossenen Geschäften verblieb, oder, was dasselbe ist, daß er im Peculiar-Concurse mit diesen Forderungen primo loco zur Hebung kam[1]).

§. 135.

Als der Handel sich durch die Peregrinen mehr und mehr entwickelte, wurden solche Sclaven mit einem Peculium als Kaufleute angesetzt. Für den Kaufmann spielt aber der Credit eine viel größere Rolle, wie beim Handwerker. Das Privilegium des Herrn im Peculiar-Concurse des Sclaven wurde daher für denselben, wenn er ein Handelsgeschäft etablirt hatte, sehr lästig und seine Aufhebung lag in eignen Interesse seines Herrn. Das prätorische Edict beseitigte es und verfügte, daß, wenn der mit einem Peculium angesetzte Sclave ein Ladengeschäft (tuberna) etablirt habe, der Herr desselben im Peculiar-Concurse sich mit den übrigen Creditoren prioritätsmäßig lociren lassen müsse[2]). Hatte der Herr also durch Einziehung des Peculiums die Rechte eines andern Creditors verletzt, so hatte dieser die Klage aus dem mit dem Sclaven geschlossenen Contracte mit den Zusatz: tributoria gegen den Herrn, und dieser wurde verurtheilt, soviel zu bezahlen, als Kläger prioritätsmäßig aus dem Peculium zu fordern hatte[3]).

---

[1]) L. 52. pr. D. eod.: — Respondi nullum privilegium praeponi patri vel domino potest, quum ex persona filii vel servi de peculio conveniuntur; plane in ceteris creditoribus habenda est ratio privilegiorum.

[2]) Tit. D. d. tributoria actione (14. 4).

[3]) §. 5. J. quod cum eo (4. 7): Tributoria ideo expedit agere,

§. 136.

Aber nicht bloß Sclaven, sondern auch Haussöhne wurden mit einem Peculium angesetzt. Es war nämlich in alter Zeit Roms die Entlassung aus der patria potestas eine Schande; sie geschah nur zur Strafe und hatte den Verlust des Erbrechts zur Folge. Sollte sich also ein Haussohn etabliren und seine separirte Wirthschaft erhalten, so konnte dies nur in der angegebenen Weise geschehen und das Peculiarrecht für Sclaven galt auch für Haussöhne[1]). Mit der steigenden Civilisation verschwand in der öffentlichen Meinung der Unterschied zwischen emancipirten Kindern und denen, welche in der väterlichen Gewalt verblieben. Die Emancipation verlor den Charakter einer Verstoßung des Sohnes und der Emancipirte erbte als Cognat späterhin mit den andern (suis) zu gleichem Rechte[2]). Seitdem kam die Ansetzung von Haussöhnen mit einem Peculium außer Gebrauch. Der Haussohn wurde statt dessen emancipirt, — wurde pater familias, und erhielt statt des Peculium ein Capital zu seinem Etablissement, das sein eignes freies Vermögen wurde. Diese Aenderung hatte denn ganz natürlich ein eignes Rechts-Institut zur Folge: — die sog. Collations-

quia in ea domini conditio praecipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus et ceteri creditores. Die actio tributoria gehört einerseits in das Peculiarrecht (§. 133. a. E.), andererseits in die Specialmaterie des Handels und Handelsrechts.

[1]) Cit. l. 52. pr. D. d. peculio: — ex persona filii vel servi de peculio conveniuntur.

[2]) Nach altem Civil-Erbrecht waren zur Intestaterbfolge berufen zunächst die sui des Erblassers, dann die agnati, endlich die gentiles. Nach prätorischem Erbrecht succedirten 1) die liberi, 2) die eben angeführten legitimi, 3) die Cognati, 4) vir et uxor d. h. der überlebende Ehegatte. Ulp. 26. 1. 4. Gaj. II. 274. Collat. 16. 4. — Arndts Lehrbuch der Pandekten §. 474. Anm. 2.

pflicht[1]) beim Tode des Parens. Früher bildete das Peculium einen Theil der Erbschaft und wurde mit getheilt; jetzt wurde der emancipirte Sohn verpflichtet, das, was er zum Etablissement empfangen hatte, in die Erbschaft zu werfen und zur gemeinschaftlichen Theilung gelangen zu lassen. Mit anderen Worten, jene Ausrüstung wurde als pränumerirter Theil seiner Erbportion behandelt.

§. 137.

Das ganze Peculiar-Recht hat heutzutage in Deutschland keinen praktischen Werth mehr. Es giebt keine Sclaven, und Haussöhne treten mit ihrer separirten Wirthschaft aus der väterlichen Gewalt.

Dreizehntes Kapitel.

Consumption.

§. 138.

Es ist im ersten Bande „dieser Studien" die Rede gewesen von Beschädigungen durch Naturereignisse, — damnum fatale; durch menschliche Handlungen, — damnum injuria datum; es bleiben noch zu erörtern die rechtlichen Bestimmungen über Beschädigungen durch Thiere[2]).

§. 139.

Die Frage über den Ersatz des durch Thiere angerichteten Schadens kam bei den Römern schon sehr früh zur Sprache.

---

[1]) Dig. XXXVII. 6: de collatione. Puchta, Pand. §. 512.

[2]) Just.: IV. 9. Dig.: IX. 1. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

Sehr natürlich beschränkte sie sich aber in der alten Agriculturzeit lediglich auf den Fall, wo das Vieh auf fremdes Gebiet tritt und dort Früchte abweidet oder abfrißt. Das Zwölftafelgesetz[1]) bestimmte, daß der Eigenthümer des Thieres unbedingt, also gleichviel, ob ihm eine Verschuldung zur Last falle oder nicht, für solchen Schaden zu haften habe. Es gab dem Beschädigten eine actio de pastu[2]) gegen den Herrn des Thieres auf Schadenersatz, gestattete demselben jedoch die noxae deditio, d. h. sich durch Uebergabe des Thieres seiner Verpflichtung zu entledigen[3]).

§. 140.

Eine wesentliche Voraussetzung dieser Klage ist, daß das Thier auf fremdem Gebiete geweidet hat[4]). Sie cessirt also, wenn Jemand sein Vieh auf sein eigenes Feld treibt und es hier fremde, d. h. vom benachbarten Grundstücke übergefallene Früchte consumirt. Erst das prätorische Edict hat die übergefallenen Früchte dem Eigenthümer ganz sicher gestellt. Abgesehen von dem Interdictum de glande legenda (Kap. 4.) ist dem Eigenthümer des benachbarten Grundstücks auch rechtlich zur Pflicht gemacht, dahin zu sehen, daß sein Vieh solche Früchte nicht consumire. Er haftet also unbedingt für den Schaden, wo er es

---

[1]) Es heißt freilich auf Tab. VII. ganz allgemein: si quadrupes pauperiem faxit; allein unter „pauperiem facere“ hat man damals nur das Abweiden fremder Früchte verstanden. Vgl. unten §. 104 und die folgende Note.

[2]) L. 14. §. 2. D. praescr. verb. (19. 5): — — ex lege XII tabularum de pastu pecoris . . . agi posse.

[3]) Cit. Tab. VII.: dominus noxi aestimiam oferto, si nolet, quod noxi dato. Paul. sent. I. 15. 1: — — quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupe cedat.

[4]) Cit. l. 14. §. 3: — — neque de pastu pecoris, quia non in tua pascitur, — — agi posse.

hier an der nöthigen Diligenz fehlen läßt. Die desfallsige Entschädigungsklage ist eine actio in factum praescriptis verbis[1]). Diese Klage bildet also eine nothwendige Ergänzung des Interdict. d. glande legenda.

§. 141.

Das prätorische Edict[2]) ging weiter und gab ganz allgemein[3]) eine Klage wegen Beschädigungen durch Thiere, — die actio de pauperie[4]), welche mit der actio de pastu denselben Gegenstand hat und rücksichtslos competirt, — d. h. gleichviel, ob der Eigenthümer des Thieres in culpa ist oder nicht[5]). Die Klage ist ursprünglich beschränkt auf Schäden, welche vierfüßige Thiere anrichten, fand nur statt: si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, — ist jedoch auf Schäden durch andere Thiere ausgedehnt[6]). Sie ist ferner beschränkt auf Schäden, welche durch die Wildheit[7]) des Thieres angerichtet werden; diese Wildheit muß bei dem Thier contra naturam und

---

[1]) Cit. l. 14. §. 3: — in factum itaque erit agendum.

[2]) L. 1. §. 3. D. si quadrupes (9. 1): Ait Praetor pauperiem fecisse. — — Wenn Ulpian in l. 1. pr. eod. sagt: Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit —, so ist damit die actio de pastu gemeint. Dies ergiebt sich auch aus dem Zusammenhang der cit. l. 14 §. 3. D. praescr. verb. (Vgl. unten §. 142).

[3]) Vor dem prätorischen Edict bestand bereits über Schaden, den Hunde anrichten, eine lex Pesulania de cane.

[4]) Cit. l. 14. §. 3.: — neque de pastu pecoris — — neque de pauperie — — agi posse.

[5]) Cit. l. 1. §. 3. D. Si quadrupes (9. 1). Pauperies est damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret.

[6]) L. 4. eod.: Haec actio utilis competit, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.

[7]) L. 1. §. 4. eod.: Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, quum commota feritate nocuit quadrupes.

darf nicht feritas genitalis sein[1]). Es sind also Beschädigungen durch wild eingefangene Thiere und deren Jungen ausgeschlossen. Für die factischen Voraussetzungen der Klage bleiben also nur die gezähmten (sog. Haus-) Thiere übrig, bei denen Spuren der ursprünglichen Wildheit auftreten. Diese werden als contra naturam d. h. als Eigenschaften bezeichnet, welche gegen die sonstige Art von gezähmten Thieren — überhaupt, oder einer bestimmten Gattung, also Ausnahmen von der sonstigen Regel sind. Daß dies die Bedeutung des Ausdrucks „contra naturam" ist, ergiebt sich aus dem Gegensatz der „feritas genitalis" d. h. einer Wildheit, welche nach einem Naturgesetz vererbt, also nothwendige Folge der Geburt ist. Die Wildheit der Jungen wilder Thiere ist die Regel der Natur, und ein zahmes Junge von einem wilden Thiere wäre contra naturam; dagegen ist, daß die Jungen der Hausthiere zahm geboren werden, die Regel der Natur, und es ist contra naturam, wenn sie wieder Spuren der Wildheit zeigen. Es wird endlich bei dieser Klage vorausgesetzt, daß diese Spuren ursprünglicher Wildheit zum stehenden Charakter des Thieres gehören: — equus calcitrosus, bos cornu petere solitus, — mulae nimiae ferociae, d. h. von wildem Charakter[2]). In allen anderen Fällen, in welchen eine plötzliche Wildheit ihre besondere Ursache hat, cessirt die Klage.

§. 142.

Seit der Entstehung und weiteren Entwickelung der actio ex lege Aquilia konnte im Falle der Verschuldung des Eigenthümers des Thieres eine Concurrenz derselben mit den oben er-

---

[1]) pr. J. si quadrup. (4. 9): Haec autem actio in iis, quae contra naturam moventur, locum habet; ceterum si genitalis sit feritas, cessat.

[2]) Cit. l. 1. §. 4. eod.

wähnten Klagen stattfinden. Ein Fall, wo sie alle cessiren und deshalb eine besondere Entschädigungsklage eingeführt ist, ist der oben in §. 140. erwähnte. Si glans, sagt Ulpian, ex arbore tua in meum fundum cadat eumque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possis. Nam neque ex lege XII tabularum de pastu pecoris, quia non in tua pascitur, neque de pauperie, neque damni injuriae agi posse; in factum itaque erit agendum [1]).

§. 143.

Das ädilicische Edict endlich verbot, wilde Thiere, oder zwar gezähmte, aber doch gefährliche Thiere, wie namentlich Hunde, an Orten zu halten, wo Menschen zu passiren pflegen (ubi vulgo iter fit). Wer gegen diese Vorschrift handelt, soll, wenn ein Mensch dadurch getödtet wird, auf 200 Solidi, wenn er verwundet wird, auf eine arbiträre Geldstrafe und Schadenersatz, und, wenn Sachen beschädigt werden, auf das Duplum des Schadens belangt werden können [2]).

---

[1]) Cit. l. 14. §. 3. D. praescr. verb.

[2]) L. 40. §. 1. l. 41. 42. D. d. aedil. ed (21. 1). An die Stelle der Geldstrafe bei der Tödtung eines Menschen tritt heutzutage eine arbiträre Criminalstrafe. C. C. C. art. 136.

Vierzehntes Kapitel.

Von den ideellen Gütern.

§. 144.

Das Vermögen besteht aus realen[1]) und ideellen Werthen. Dem entsprechend unterscheiden die Römer bona naturalia und bona civilia[2]). Und jener Eintheilung entsprechen die Rubriken der kaufmännischen Buchführung: Haben und Soll; unter der letzteren sind die ideellen Werthe verzeichnet.

§. 145.

Alle ideellen Werthe haben einen provisorischen Charakter; ihr Erwerb ist stets ein vorläufiger. Ihre Umwandlung in den ihnen entsprechenden realen Werth heißt Realisirung. Diese geschah ursprünglich durch Selbsthülfe. Daneben trat schon früh die Garantie durch den Staat. Erst durch das Decretum Divi Marci ist bei den Römern die eigenmächtige Realisirung ideeller Werthe bei Strafe des Verlustes verboten[3]).

§. 146.

Die ideellen Güter, denen vom Staat die Realisirung verbürgt ist, deren Realisirung also mit Hülfe des Staats erzwungen werden kann, heißen bei den Römern actio-

---

[1]) Das reale Vermögen besteht aus materiellen und immateriellen Gütern. Vgl. oben Kap. 1. und 6.

[2]) Vgl. Nationalökonomie und Jurisprudenz Heft I. S. 3. L. 49. D. d. V. S. (50. 16): — in bonis nostris computantur, — bonis nostris adnumerantur.

[3]) Puchta, Pand. §. 80.

nes[1]). Die Existenz jeder actio ist nur eine juristische, d. h. beruht auf einem Rechtssatze. Daher heißen sie eben bona civilia. Je nachdem die actio durch prätorisches Edict oder durch andere Rechtssätze eingeführt worden, unterschied man actiones honorariae und civiles[2])

§. 147.

Der heutige Verkehr hat neben diesen rein ideellen Werthen noch Zeichen, d. h. an sich werthlose materielle Gegenstände, welche Werthe repräsentiren, eingeführt.

I. Von den actiones.

§. 148.

Alle actiones sind zunächst Werth-Surrogate. Daraus folgt, daß sie durch Realisirung untergehen[3]), und, wenn mehreren actiones ein und derselbe[4]) reale Werth entspricht (actiones concurrunt), durch die Realisirung der Einen die übrigen erlöschen[5]).

---

[1]) Durch die Garantie des Staats wird die spes consequendi zu einem jus persequendi judicio, quod nobis debetur. §. 1. J. d. actionibus (4. 6).

[2]) L. 1. §. 1. D. d. Publ. in rem act. (6. 2.): — habet civilem actionem, nec desiderat honorariam. Vgl. §. 7. J. d. jure nat., gent. et civili (1. 2.): Praetorum quoque edicta non modicam juris obtinent auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus dicere, quod, qui honores gerunt, magistratus auctoritatem huic juri dederunt.

[3]) Vgl. oben §. 145.

[4]) Hier ist wohl zu unterscheiden: Gleichheit und Identität, namentlich, wenn das reale Object eine Quantität fungibler Sachen ist, z. B. eine Summe Geldes.

[5]) Das bloße Zusammentreffen hat keinen Einfluß auf ihre Coexistenz. L. 130. D. d. R. J. (50. 17): Nunquam actiones de eadem re concurrentes alia aliam consumit. Aber: Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. L. 57. eod.

§. 149.

Alle actiones sind, weil sie mit Hülfe des Staats realisirbar sind, auch — Werthe. Nur ist ihr Werth stets ein geringerer, wie das ihnen entsprechende reale Object. Dies drücken die römischen Juristen durch den Satz aus: Minus est actionem habere quam rem [1]).

§. 150.

Aber nicht alle actiones sind Werthe. Es giebt nämlich einige, welche den res omnium communes gleichen. Weil sie Jedermann zustehen, sind sie werthlos. Dies sind bei den Römern die actiones populares [2]). Es giebt ferner actiones, welche kein anständiger Mann als Vermögen ansieht und ansehen soll. Dies sind die actiones vindictam spirantes [3]).

§. 151.

Als Werthe sind actiones übertragbar. Die Uebertragung heißt: Cession. Sie werden aus denselben Gründen cedirt, aus denen Sachen tradirt werden: in der Absicht zu tauschen, zu schenken, zu creditiren, zu zahlen [4]).

§. 152.

Die Realisirbarkeit der actiones war ursprünglich ausnahmslos und, der Zeit nach unbeschränkt. Es gab keine exceptiones und alle actiones waren perpetuae. Dies änderte sich im Laufe der Zeit. Es enstanden viele Exceptionen, welche in der Form der Einrede geltend gemacht, die Realisi-

---

1) L. 204. D. d. R. J. (50. 17). Vgl. Nat. u. J. Heft III. S. 85 ff.

2) L. 7. D. d. popularibus act. (47. 23).

3) Puchta, Pand. §. 88. Note c.

4) Die Römer führen nur drei causae an: credendi, donandi und solvendi, rechnen also die Absicht zu tauschen zur causa credendi. Vgl. Nat. u. J. Heft III. S. 41.

rung der actiones verhindern konnten[1]), und sämmtliche actiones wurden durch eine Constitution des Kaisers Theodosius II. — temporales[2]). Alle actiones können daher untergehen durch exceptiones und Verjährung. Nach der bildlichen Auffassung der Römer wird eine actio, wie ein lebendes Wesen, geboren, lebt und stirbt: — nascitur, vivit, exstinguitur[3]).

§. 153.

Die Realisirung einer actio kann eine directe oder indirecte sein. Besteht sie in der unmittelbaren Verfolgung ihres realen Objects und richtet sie sich mithin gegen jeden Besitzer, so heißt sie in rem oder petitio. Besteht dagegen die Realisirung in der Verfolgung einer bestimmten Person, die zur Leistung des realen Werths gezwungen wird, so heißt sie in personam; auch wird sie im letzteren Falle actio schlechtweg genannt, sodaß man petitiones und actiones unterscheidet.

A. Von den petitiones.

§. 154.

Petitio ist gleichbedeutend mit jus, und jus eine Analogie des Dominium. Es giebt daher so viele petitiones als es

---

[1]) pr. J. d. exceptionibus (4. 13). Comparatae autem sunt exceptiones, defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut licet ipsa persequutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. Von den exceptiones entstanden wieder exceptiones, welche Replicationes hießen. Tit. J. IV. 14: de replicationibus.

[2]) L. un. Th. C. d. act. cert. temp. finit. (4. 14). Nicht die actiones als Rechtsmittel (Klagen), sondern die actiones als ideelle Werthe sind hier gemeint.

[3]) Cit. l. un.: — vivendi ulterius non habeant facultatem. Nach Theodos ist das höchste Lebensalter einer actio 30 Jahre. Dem Untergang einer actio durch Verjährung entspricht bei den realen Gütern nicht die Usucapion, sondern der Untergang der Sache.

Rechte an Sachen giebt [1]). Dazu kommt die petitio hereditatis [2]). Die practische Bedeutung der petitiones ist eine zweifache. In ihnen liegt 1) der Schutz des realen Vermögens, indem an die Stelle eines entzogenen realen Werthes eine petitio tritt; 2) dienen sie dazu, einen realen Werth vorläufig als einen ideellen aus Einem Vermögen in ein Anderes übergehen zu lassen [3]). Sie entstehen ipso jure [4]), durch Rechtsgeschäft und Richterspruch oder richterliche Verfügung. Alle gehen unter durch den Untergang ihres realen Objects.

B. Von den actiones [5]).

§. 155.

Der Begriff „actio" ist identisch mit dem der Obligatio oder Forderung [6]). Jede actio setzt einen Gläubiger voraus, zu dessen Vermögen sie gehört und einen Schuldner, der ihren realen Werth leisten soll. Hieraus folgt, daß der Begriff einer actio die wesentlichen Erfordernisse einer Obligatio enthält und daß es ebenso viele Gründe der Entstehung und des Untergangs der actiones giebt, als Entstehungs- und Endigungsgründe

---

[1]) Gaj. IV. §. 3: In rem actio est cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut jus aliquod nobis competere.

[2]) Tit. Dig. V. 3: de hereditatis petitione.

[3]) z. B. im Falle der Verwirkung des Eigenthums an einer Sache. Puchta Pand. §. 152. Andere Fälle §. 153. eod.

[4]) Die factische Voraussetzung kann eine sog. Rechtsverletzung oder ein anderer Umstand sein. Puchta a. a. O.

[5]) Vgl. oben §. 153. a. E.

[6]) Es ist unrichtig zu sagen, daß aus einem Vertrage zuvörderst eine Obligatio und aus dieser erst eine actio entspringe. Allerdings, — Klagen entspringen aus den Obligationen; von actiones in diesem Sinne ist hier aber nicht die Rede.

einer Obligatio. Die wichtigsten Entstehungsgründe einer Actio sind daher: Verträge und Delicte[1]).

§. 156.

Die actiones ex delicto vervollkommnen den Schutz des realen Vermögens durch petitiones (§. 154. nr. 1). Auch bei Delicten tritt an die Stelle des entzogenen oder zerstörten Werthes eine actio. Ist auf das Delict eine Geldstrafe gesetzt, so wird auch sie ipso jure als ideeller Werth in das Vermögen des Damnificaten übertragen (§. 154. nr. 2). Dem entsprechend zerfallen die actiones ex delicto in persequutoriae und poenales. Die actiones, welche persequutarisch und poenal zugleich sind, heißen mixtae[2]).

§. 157.

Die Verträge, aus denen actiones entspringen, d. h. welche den Zweck haben, reale Werthe vorläufig als ideelle zu übertragen, sind: Tausch-, Schenkungs-, Credit- und Zahlungsverträge[3]). Mit der Perfection solcher Verträge wird daher vorläufig statt des realen Werthes, den man empfangen soll, ein ideelles Surrogat, eine actio erworben.

---

[1]) §. 2. J. d. obl. (3. 13): — aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.

[2]) Gaj. IV. 6. §. 16. J. d. act. (4. 6): Sequens illa divisio est, quod quaedam actiones rei persequaendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt.

[3]) Alle obligatorischen Verträge sind Nichts als Surrogate der Werthübertragungen und es giebt nur die angeführten vier Gründe, aus denen Werthe übertragen werden. Vgl. oben §. 151. Hier ist indessen nur vom Verkehr inter vivos die Rede. Auch der Nachlaß und einzelne Nachlaßobjecte können durch Vertrag (Erbvertrag) übertragen werden, — in Deutschland; bei den Römern galt dies für unsittlich.

§. 158.

Das Zahlungsversprechen kann sich auf ein debitum proprium und alienum beziehen, und geschah bei den Römern durch Stipulation[1]) d. h. durch die solenne Frage des Gläubigers: spondesne mihi dare? und die entsprechende Antwort des Schuldners: spondeo[2]). Dies hatte in älterer Zeit die Wirkung, daß die bestehende actio aufgehoben wurde, und eine condictio ex stipulatu an die Stelle trat. Dies hieß Novation. Später bewirkte die Stipulation nur, daß eine actio ex stipulatu neben die bestehende actio trat, wenn die Contrahenten nicht die Absicht hatten, die alte actio aufzuheben, — den animus novandi. Diese wurde aber stets als vorhanden angenommen beim debitum alienum; dagegen beim debitum proprium nur, wenn die Stipulation aliquid novi enthielt[3]). Justinian hat festgesetzt[4]), daß eine Novation nur angenommen werden soll, wenn dies expressis verbis erklärt sei d. h. im Zweifel soll keine Novation angenommen werden. Neben die Stipulation war durch das prätorische Edict das formlose Constitutum debiti getreten: — die vertragsmäßige Anerkennung einer Schuld. Die daraus entspringende actio de constituta pecunia ließ die bestehende actio bei Bestand[5]).

§. 159.

Die Stipulation hatte in älterer Zeit den doppelten Zweck, entweder eine unklagbare Forderung (naturalis obligatio) in eine

---

1) §. 3. J. Quib. mod. obl. tollitur (3. 29).

2) pr. §. 1. J. d. V. O. (3. 15).

3) Cit. §. 3. J. (3. 29).

4) L. ult. C. d. novat. (8. 42). Vgl. Nat. u. J. Heft III. S. 78. Note 246.

5) L. 29. D. d. const. pec. (13. 5).

klagbare zu verwandeln[1]) oder eine Novation zu bewirken. Späterhin erweiterte sich ihre Function. Sie diente dazu, einen aus irgend einem materiellen Grunde zu leistenden Werth vorläufig als einen ideellen zu übertragen[2]). Die actio ex stipulatu wurde daher ohne alle Rücksicht auf eine ihr unterliegende materielle causa realisirbar[3]). Die Stipulationen wurden seit Augustus auch schriftlich geschlossen und hießen Litteralcontracte[4]).

§. 160.

Die alte Condictio certi ex stipulatu, — eine fingirte Darlehensklage[5]) — hatte vor allen anderen actiones einen ganz eigenthümlichen Character. Sie war nicht bloß ein Werthsurrogat, sondern hatte einen repräsentativen Character. Wer einen Werth promittirte, übertrug einen bestimmten realen Werth auf den Stipulanten, weshalb denn auch, wenn er ihn schuldig war, eine Novation eintrat. Die ältere Bedeutung der Stipulation war, daß der Stipulant so gestellt sein sollte, als hätte er den realen Werth selbst empfangen, — daß seine condictio certi ihm so gut sein sollte, wie baares Geld, und dieser Bedeutung entsprach, daß deren Realisirung durch keine Einrede vereitelt werden konnte[6]), und der Schuldner mit seiner Person

---

[1]) Statt der actiones empti venditi mußte man sich lange mit actiones ex stipulatu behelfen.

[2]) L. 5. pr. D. d. V. O. (45. 1) conventionales stipulationes, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt quot, paene dixerim, rerum contrahendarum; nam ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto.

[3]) pr. J. d. V. O. (3. 15): Verbis obligatio contrahitur.

[4]) Vgl. Nat. u. J. Heft III. S. 80. Note 251.

[5]) Vgl. Nat. u. J. Heft II. S. 34. 35. Heft III. S. 55.

[6]) Erst durch ein Rescriptum Divi Marci wurde ihr gegenüber die exceptio doli mali eingeführt. §. 30. J. d. act. (4. 6).

haftete[1]). Die condictio ex stipulatu hatte die Bedeutung eines Zeichens, das später eingelöst werden, gegen den realen Werth umgetauscht werden mußte. Daher erlosch sie durch Zahlung nicht, sondern es mußte, damit sie erlösche, noch eine feierliche Acceptilation stattfinden. Der Schuldner frug, nachdem er gezahlt: Habesne acceptum? und der Gläubiger antwortete: Habeo[2]). Und erst damit war das obligatorische Verhältniß gelöst. Die Acceptilation hatte den Sinn einer Rückgabe eines eingelösten Zeichens. Diesen streng repräsentativen Character hat die condictio certi ex stipulatu im Laufe der Zeit zum großen Theile verloren. Es ward für die Wirkung der Novation der animus novandi erfordert (§. 158); ihr gegenüber entstand die exceptio doli (S. 126 Note 6); es ward Rechtens, daß sie durch Zahlung aufgehoben wurde[3]), und die Acceptilation blieb nur als historischer Ueberrest beim Erlaß der Schuld[4]). Aber es blieb doch als Rechtsgrundsatz bei Bestand die Möglichkeit, einen aus irgend einem materiellen Grunde zu leistenden Werth vermittelst Stipulation vorläufig als einen ideellen zu übertragen. Die Entstehung der actio ex stipulatu war unabhängig von einer materiellen causa; sie entstand verbis, und es war die Sache des Schuldners, die fehlende materielle causa durch exceptio doli geltend zu machen. So blieb sie immerhin noch für den Verkehr ein practisches Institut. Durch den Unverstand deutscher Juristen im Mittelalter ist es in desuetudinem gekommen; aber weil es dem Verkehr unentbehrlich war, ist es in neuer Form wieder erstanden.

---

1) Vgl. Nat. u. J. Heft II. S. 32.

2) Vgl. Nat. u. J. Heft III. S. 78.

3) pr. J. Quib. mod. obl. tollitur (3. 29) Tollitur autem omnis obligatio solutione.

4) §. 1. eod. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Daraus ergiebt sich, daß sie früher die wirkliche Form der solutio war.

§. 161.

Eine actio ist theilbar[1]), wenn der ihr entsprechende reale Werth theilbar ist. Unter dieser Voraussetzung kann daher ein Gläubiger seine actio in so viele actiones theilen, wie er will[2]). Dadurch wird auch die theilweise Tilgung einer Schuld möglich.

§. 162.

Mehrere actiones können concurriren in Bezug auf einen und denselben realen Werth, sodaß eine Mehrheit von Gläubigern vorhanden ist, von denen jeder diesen Werth zu fordern hat, oder eine Mehrheit von Schuldnern, von denen jeder den ganzen Werth zu zahlen hat. Dies Verhältniß nennt man einen solidarischen Obligations-Nexus. Durch die Realisirung Einer dieser plures actiones erlöschen alle übrigen, weil sie keinen Gegenstand mehr haben. Durch Zahlung Eines Schuldners werden alle übrigen liberirt und durch die Zahlung des Schuldners an Einen der mehreren Gläubiger erlöschen die Forderungen der übrigen[3]).

§. 163.

Durch die eigenthümliche Form der Stipulation war es möglich, daß mehrere Promittenten oder mehrere Stipulanten vorhanden waren und doch una actio entstand[4]) oder, was dasselbe ist, una obligatio. Dies hieß eine Correalobligation. Bei anderen obligatorischen Verträgen konnte eine solche nur durch besondere Vereinbarung entstehen. Immer aber ist erforderlich, daß der Gegenstand des Vertrags ein und derselbe reale Werth

---

[1]) Puchta Pand. §. 222.

[2]) Grade, wie ein Eigenthümer seine Sache in so viele Sachen, als er will.

[3]) Puchta Pand. §. 233.

[4]) Tit. J.: d. duobus reis stipulandi et promittendi (3. 16).

ist. Bei einer solchen Correalobligation kann jeder Gläubiger oder Schuldner die actio aufheben, wie wenn er der einzige wäre[1]).

§. 164.

Die actiones können als Werthe cedirt werden. Die Römer fassen den Cessionar als Procurator auf, und unterscheiden den Procurator in rem suam (Cessionar) und den bloßen Procurator ad agendum d. h. zum Incasso. Ebenso also, wie man reale Werthe zu Eigenthum oder zum bloßen Besitz übertragen kann, kann man ideelle Werthe, actiones, zu eigen oder bloß zum Zwecke ihrer Realisirung übertragen. Der Procurator in rem suam entspricht Dem, welcher durch Tradition den Besitz einer Sache zu Eigenthum, der Procurator ad agendum Dem, der durch Tradition den bloßen Besitz oder auch nur die Detention zu irgend einem Zwecke erworben hat. Man könnte daher sehr wohl von Eigenthum und Besitz einer Forderung oder actio reden. Die römischen Juristen haben diese Begriffe, aber nicht die Ausdrücke. Daß sie auch im heutigen Verkehr, ja! in der heutigen Legislation existiren, wird sich weiter unten zeigen. Der Cessionar wird übrigens nach römischem Rechte erst Gläubiger, nachdem er dem Debitor cessus von der geschehenen Cession die Anzeige gemacht, oder dieser auf die erhobene Klage litem contestirt hat[2]).

II. Von den Repräsentativzeichen der Werthe.

§. 165.

Der Verkehr hat Stellvertretungszeichen[3]) von Gütern eingeführt, und operirt mit ihnen, wie mit den Gütern selbst.

---

[1]) Puchta Pand. §. 234.
[2]) Puchta Pand. §. 281 ff.
[3]) Diese sind nicht zu verwechseln mit Legitimationszeichen.

Ein solches Zeichen ist ein an sich werthloser Körper: Metall, Holz, Papier zc., welcher ein bestimmtes Quantum Güter vertritt[1]). Es giebt jedoch keine Repräsentativzeichen für Waaren-, sondern nur für Geld-Quanta[2]). Solche Zeichen, welche das Geld im Verkehr vertreten, kommen unter sehr verschiedenen Namen: Marken[3]), Papiergeld, Cassenscheine, Bons, Banknoten, u. s. w. vor. Marken heißen sie, wenn sie bei häufig wiederkehrenden Käufen derselben Waare in kleinen Quantitäten bei demselben Verkäufer als Scheidemünze fungiren sollen[4]). Dahin gehören namentlich die Bier- und Speisemarken[5]). Die Repräsentativzeichen bilden als solche andrerseits wieder eine Waare; denn es kann Jemand dabei interessirt sein, eine Quantität Geld grade in der Form eines solchen Zeichens zu haben, um den realen Werth an einem andern Orte zu erheben, und so des lästigen Transports der Münzen überhoben zu sein[6]). Sie können daher Gegenstand eines Kaufgeschäfts sein und bilden einen Han-

Solche sind z. B. Diejenigen, welche man in Färbereien empfängt, wenn man Sachen zum Färben übergiebt; ferner Zeichen, die man in Bäckereien erhält, wenn man Teig zur Anfertigung von Gebäck übergiebt u. s. w. Umgekehrt muß man sich hüten, wirkliche Stellvertretungszeichen für bloße Legitimationszeichen zu nehmen. Hierauf beruht der Grundfehler der gangbaren Theorie über Papiere au porteur. Vgl. §. 171.

[1]) Nur einlösbare Zeichen sind Repräsentativzeichen. Papiergeld, das Zwangscours hat d. h. vom Staate nicht eingelöst wird, ist kein Repräsentativzeichen.

[2]) Man darf die in Note 3 S. 129 erwähnten Legitimationszeichen nicht für Stellvertretungszeichen von Waaren halten. Ueber Bier- und Speisemarken siehe unten.

[3]) Vorzugsweise werden Legitimationszeichen Marken genannt.

[4]) Sie werden ausgegeben theils wegen Mangels an Scheidemünze, theils weil bei raschem Verkehr das Wechseln unmöglich oder doch lästig wird.

[5]) Theaterbillets, welche man im Theaterbureau kauft, sind Repräsentativzeichen; mit ihnen bezahlt man an der Casse und erhält ein anderes Billet, das zum Eintritt legitimirt.

[6]) z. B. wechseln Reisende sich Cassenscheine ein oder kaufen sich Wechsel auf Orte, welche sie auf ihrer Tour berühren.

delsartikel[1]) und haben einen Marktwerth, welcher Cours heißt[2]). Sie sind daher einerseits bloße Werth-Surrogate; andrerseits aber auch selbständige ideelle Werthe[3]). Ein solches Repräsentativzeichen ist auch der Wechsel; denn er ist ein an sich werthloses Stück Papier, das dazu bestimmt ist, eine Summe Geldes zu vertreten, und diesen Zweck durch die kurze, Jedermann verständliche Bezeichnung „Wechsel" manifestirt. Dadurch unterscheidet sich der Sola-Wechsel vom Schuldschein und der gezogene von der Anweisung. Schuldscheine und Anweisungen sind keine Repräsentativzeichen, sondern bloße[4]) Urkunden.

§. 166.

Allen solchen Repräsentativzeichen ist die Realisirung durch Staatshülfe garantirt; den Wechseln gesetzlich, den Zeichen durch Gewohnheitsrecht. Solche Zeichen werden täglich statt realer Werthe gegeben und genommen, und eingelöst, und Niemand zweifelt, daß dies so sein müsse. Wenn irgend ein Gewohnheitsrecht erwiesen feststeht, so ist es dieses.

§. 167.

Durch diese rechtliche Anerkennung sind diese Repräsentativzeichen bona civilia geworden und fallen unter den Begriff der römischen actiones; insonderheit unter den Begriff der actio ex stipulatu. Denn auch diese hatte einen repräsentativen Character. Die letztere versah im römischen Verkehr denselben Dienst, den

---

[1]) Kaufleute, welche mit diesem Gegenstande Handel treiben, heißen Bankiers.

[2]) Dieser ist relativ d. h. nach Zeit und Ort verschieden.

[3]) Also auch besondere Vermögensbestandtheile; nach römischer Terminologie: bona civilia. Vgl. oben §. 144.

[4]) Ein Wechsel ist Repräsentativzeichen und Urkunde zugleich. Er kann den ersteren Character verlieren und bleibt dann bloße Urkunde.

heutzutage die Repräsentativzeichen. Was bei den Römern die solennia verba stipulationis waren, ist bei uns das Geben und Nehmen solcher Zeichen anstatt realer Werthe. Man gab ein feierliches Wort, wo wir ein Zeichen geben, und nahm ein feierliches Wort, wo wir ein Zeichen nehmen, und gab das Wort zurück (Acceptilation), wo wir das Zeichen zurückgeben. Dadurch ist die alte condictio certi ex stipulatu wieder erstanden, nur in einer für den Verkehr bequemeren Form; sie ist sicht- und tastbar geworden, und man kann alle Repräsentativzeichen daher actiones corporales nennen. Man stoße sich nicht an diesen Ausdruck; er enthält keine contradictio in adjecto; denn actio bedeutet hier nicht „Klage", sondern „ideeller Werth", — Vermögensbestandtheil. Das Zeichen ist, wenn auch körperlich, doch an sich werthlos und daher ein ideeller Werth, wie eine actio. Hieraus ergeben sich folgende Consequenzen.

§. 168.

A. Aus seiner Eigenschaft als actio folgt:

1) Es erlischt wie diese:

a. durch Realisirung (§. 148),

b. durch Concurrenz. So, wenn mehrere Zeichen denselben realen Werth repräsentiren. Dann gehen durch die Realisirung des Einen die übrigen unter d. h. verlieren ihre Bedeutung als Repräsentativzeichen. So geht der Secunda-Wechsel unter durch Realisirung des Prima-Wechsels (§. 148).

2) Es ist ein Werth, aber ein geringerer, wie der, den es repräsentirt (§. 149). Die Regel: „Minus est actionem quam rem habere" heißt hier: „baar Geld ist besser als ein Zeichen."

3) Es ist übertragbar (§. 151).

4) Es ist der Verjährung unterworfen. Nicht die Wechsel-

Klage, sondern der Wechsel verjährt. Ein verjährter Wechsel ist eine bloße Urkunde (§. 152).

§. 169.

B. Aus seiner Eigenschaft als Repräsentativzeichen, oder — was dasselbe bedeutet — als condictio ex stipulatu folgt:

1) Es kann an die Stelle einer actio treten; ein Zeichen kann an die Stelle eines andern treten (§. 158).

2) In der Natur eines Repräsentativzeichens liegt die rechtliche Möglichkeit, einen aus irgend einem materiellen Grunde zu übertragenden Werth vorläufig als einen ideellen zu übertragen (§. 159).

3) Wo das Zeichen anstatt eines geschuldeten Werthes gegeben wird, tritt stets eine Novation ein (§. 160).

4) Wenn ein Repräsentativzeichen von Mehreren oder an Mehrere gegeben wird, so entsteht eine Correalobligation wegen Identität des Werths und Einheit des Geschäfts. Bei einer Stipulation konnten plures actiones entstehen; bei der Uebergabe eines Repräsentativzeichens anstatt eines realen Werthes ist dies unmöglich (§. 163).

5) Gegen die Realisirungsklage können keine Einreden stattfinden mit alleiniger Ausnahme der exceptio doli (§. 160).

§. 170.

C. Aus seiner Eigenschaft als actio corporalis folgt:

1) Seine Realisirung besteht in einem wirklichen Umtausch des Zeichens gegen den realen Werth.

2) Wer ein Repräsentativzeichen hat, steht rechtlich dem gleich, der eine actio hat. Eine actio kann man zu eigen oder bloß factisch haben; letzteres, wenn man bloßer Procurator ad agen-

dum ist. Wer also das Zeichen besitzt (detinirt), kann es realisiren.

3) Das Repräsentativzeichen ist untheilbar; daher kann auch eine theilweise Realisirung nicht statt finden.

4) Die Uebertragung des Zeichens zu Eigenthum ist Cession, zum bloßen Besitz ein Mandatum ad agendum.

§. 171.

Die allgemeine deutsche Wechselordnung bestätigt diese Consequenzen, oder steht wenigstens nicht damit in Widerspruch; nur hat sie die Bestimmung, daß eine Wechselschuld theilweise getilgt werden kann [1]). Die gangbare Theorie über Papiere au porteur weicht aber gänzlich davon ab, indem sie dieselben nicht für Stellvertretungs-, sondern für Legitimations-Zeichen erklärt [2]).

Fünfzehntes Kapitel.

Bemerkungen zur allgemeinen deutschen Wechselordnung.

§. 172.

Die Rechtsverhältnisse, welche im Verkehr durch das Geben, Nehmen und Uebertragen von Wechseln begründet werden, sind so überaus einfacher Natur, daß eine vom richtigen Standpunkte ausgearbeitete und in ihren einzelnen Bestimmungen consequent durchgeführte Wechselordnung zu erheblichen Controversen oder gar zu einer besonderen Literatur des Wechselrechts wohl schwerlich Veranlassung geben könnte. Wenn wir in letzterer

---

1) Art. 38.

2) Thöl, Handelsrecht Bd. I. §. 54.

Beziehung bei der allgemeinen deutschen Wechselordnung das Gegentheil wahrnehmen, so liegt schon hierin der klare Beweis, daß dieselbe mit sehr wesentlichen Mängeln behaftet ist.

§. 173.

Die allgemeine deutsche Wechselordnung hat das Schicksal aller derjenigen Gesetze gehabt, deren Verfasser sich nicht klar oder nicht einig gewesen sind über das ihnen zu Grunde zu legende Princip. Jedes gute Gesetz, das frei gehalten werden soll von Streitfragen, und für einzelne Lücken, welche es der menschlichen Kurzsichtigkeit wegen nothwendig läßt, — feste Anhaltspunkte geben soll, muß von einem solchen Princip ausgehen, dergestalt, daß die größte Masse seiner Detailbestimmungen einfache Consequenzen desselben sind, sodaß es deren für intelligente Juristen eigentlich gar nicht bedarf. Unter Princip ist aber ein allgemeiner Grundgedanke, ein Grundsatz zu verstehen, der den Zweck des Gesetzes ausdrückt. Dieser liegt bei einer Wechselordnung in dem Begriffe des Wechsels. Dieser ist aber nicht erst von der Gesetzgebung zu machen, sondern ist bereits vor allem Wechselrecht im Verkehr vorhanden, und existirt vollkommen klar in den Köpfen aller sogenannten Geschäftsleute. Die volkswirthschaftliche Bedeutung des Wechsels war die Quelle, aus welcher die allgemeine deutsche Wechselordnung ihre Bestimmungen zu schöpfen hatte. Sie ist aber nicht von einem bestimmten Princip ausgegangen, enthält vielmehr eine Vermengung verschiedener Principien, und in einzelnen Bestimmungen erscheint eine, wie durch Compromiß unter den Partheien hervorgerufenene, media sententia.

§. 174.

Wer sich mit Wechselwesen und Wechselrecht auch nur oberflächlich beschäftigt hat, bemerkt sehr bald, daß vom Wechsel zwei

wesentlich verschiedene Begriffe cursiren, sodaß mit diesem Worte zwei ganz verschiedene Dinge bezeichnet werden. Der eine, — und zwar der richtige — in den Köpfen der Nationalökonomen und Geschäftsleute, der andere in den Köpfen römisch gebildeter Juristen ohne hinlängliche Kenntniß der Volkswirthschaft und des Geschäftsverkehrs.

§. 175.

Von den letzteren wird der Wechsel als eine Urkunde definirt, welche sich Wechsel nennt; — der Sola-Wechsel als ein Schuldschein, — der gezogene als eine Anweisung, die sich Wechsel nennt. Das Stück Papier, welches das eigentlich Principale[1]) ist, hat nach dieser Ansicht gar keine Bedeutung, und fungirt nur als nothwendiges Uebel, weil man ohne Papier nicht schreiben kann. Diesen Begriff verbindet aber im Verkehr Niemand mit einem Wechsel und diejenigen Juristen, die ihn aufgestellt haben, müssen ihn daher nothwendig wieder aufgeben.

§. 176.

Ob man nun von dem einen oder dem andern Begriffe des Wechsels bei der Ausarbeitung einer Wechselordnung ausgeht, macht einen großen Unterschied. Dies läßt sich sehr leicht an einigen wichtigen Punkten klar nachweisen.

§. 177.

Volkswirthschaftlich[2]) ist der Wechsel ein werthloses Stück Papier, welches anstatt eines realen Werths gegeben wird. Wer es giebt, überträgt, eben weil es ein Repräsentativzeichen ist,

---

[1]) Wenn der Sola-Wechsel lautet: „Gegen diesen Wechsel zahle ich", so heißt das: Gegen dieses Stück Papier zahle ich?

[2]) Vgl. oben §. 165. Say, Nationalökonomie, übersetzt von Morstadt, Bd. II. c. 33.

den Werth, den es vertreten soll. Wer es hat, soll in und mit diesem Zeichen diesen Werth haben. Der Wechsel, den Jemand empfängt, soll für ihn so gut sein, als hätte er (beliebig oder zu einer bestimmten Verfallzeit) das baare Geld, weshalb auch auf dem Wechsel regelmäßig bemerkt ist: „Gut für so und so viel". Die Wechselverbindlichkeit ist daher keine Zahlungs- sondern eine Einlösungs-Verbindlichkeit, weshalb der Sola-Wechsel lautet: „Gegen" oder „für" diesen Wechsel zahle ich. Der Wechselschuldner ist nicht verpflichtet einen schuldigen Werth zu leisten, sondern einen (durch Ausstellung und Uebergabe des Wechsels) bereits geleisteten Werth in eine andere Form, den ideellen Werth in den realen, das Papier in baares Geld umzuwandeln, — umzuwechseln. Daher hat denn das Papier den Namen „Wechsel". Hieraus ergeben sich folgende sehr wichtige juristische Consequenzen.

§. 178.

1) Wenn ein Schuldner über den Schuldbetrag einen Wechsel giebt, so liegt nothwendig eine Novation vor. Die Wechselverbindlichkeit tritt an die Stelle des alten Schuldverhältnisses. Denn die Uebergabe des Wechsels ist Werthübertragung, — Zahlung. Aus diesem Grunde wird denn auch im Verkehr in solchen Fällen regelmäßig über die frühere Schuld eine Quittung ausgestellt, z. B. unter die Rechnung gesetzt: „Durch Wechsel erhalten[1])".

[1]) Die Wirkung der Novation entspricht im Verkehr stets der Absicht der Contrahenten. Kein Gläubiger denkt in solchen Fällen auch nur entfernt daran, die alte Obligatio, — wegen der bloßen Möglichkeit, daß der Wechsel untergehen oder verjähren könnte — zu conserviren. Der animus novandi liegt unzweifelhaft vor und mehr verlangt die richtig verstandene 1 ult. C. d. novat. nicht. Auch wird kein Gläubiger, der über seine Forderung einen Wechsel empfängt, nur einen Augenblick anstehen, über das alte Schuldverhältniß eine Quittung auszustellen.

2) Der Schuldner ist nur gegen Rückgabe des Wechsels verpflichtet, die Wechselsumme zu zahlen.

3) Zahlung der Wechselsumme an sich tilgt das obligatorische Verhältniß nicht. Der Wechsel muß cassirt oder zurückgegeben sein. Daher ist auch die Einrede der Zahlung gegen die Wechselklage nicht bloß unstatthaft, sondern unmöglich [1]).

4) Gerichtliche Deposition der Wechselsumme kann den Wechselschuldner nicht liberiren.

§. 179.

5) Die Wechselverbindlichkeit ist untheilbar, weil ein Wechsel nicht theilweise zurückgegeben werden kann. Daher ist eine Theilzahlung oder richtiger: eine theilweise Einlösung des Wechsels unmöglich. Eine theilweise Tilgung einer sog. Wechsel-Schuld ist nur im Wege der Novation möglich. Der Wechsel wird cassirt, und auf den Rest ein neuer ausgestellt. Es folgt ferner, daß für mehrere correaliter verpflichtete Wechselschuldner das beneficium divisionis wegfällt.

§. 180.

6) Gegen die Wechselklage fallen alle Einreden weg, durch welche simple Schuldklagen auf Zahlung einer Summe Geldes unwirksam gemacht werden können. Ausgenommen ist allein die exceptio doli. Denn, wenn auch nach der Absicht der Contrahenten der Wechsel so gut sein soll, wie baares Geld, mithin alle und jegliche Einreden ausgeschlossen sein sollen, so bleibt dabei doch das pactum, ne dolus praestetur, ungültig. Die exceptio doli ist begründet, wenn in der Anstellung der Wechselklage ein Dolus des Kläger's gegen den Beklagten

[1]) Daher ist es stets gefährlich die Wechselsumme per Post einzuschicken, namentlich dann, wenn der Gläubiger noch anderweitige Forderungen an den Zahlenden hat.

liegt, und dies ist der Fall, wenn der Kläger dem Beklagten nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Herausgabe oder Rückgabe des Wechsels verpflichtet ist, also der Beklagte eine condictio gegen den Kläger auf Herausgabe des Wechsels hat. Die exceptio solutionis kann daher nicht als exc. doli vorgeschützt werden. Denn der Wechselschuldner ist, wenngleich verpflichtet gegen Rückgabe des Wechsels zu zahlen, nicht berechtigt, gegen Zahlung die Rückgabe des Wechsels zu verlangen. Der Wechselschuldner hat nicht das geringste Interesse daran, den Wechsel in baar umzusetzen, vielmehr die Einlösung des Wechsels hinauszuschieben, bis der Gläubiger sie verlangt. Noch viel weniger kann die exceptio compensationis als exceptio doli gelten.

§. 181.

Die Fälle der exc. doli sind diejenigen, wo der Kläger den Wechsel sine causa in Händen hat, sei es, daß er ihn von Anfang an sine causa hat, oder das habere sine causa später eingetreten ist. Also z. B.:

a. wenn der Kläger den Wechsel vom Beklagten für ein Darlehen empfangen, dieses aber nicht ausgezahlt ist. (Condictio sine causa).

b. wenn der Kläger den Wechsel dotis nomine empfangen hat, aber die Verlobung später zurückgeht. (Condictio causa data causa non secuta).

c. wenn der Beklagte mit dem Wechsel irrthümlich eine Nichtschuld an den Kläger bezahlt hat. (Condictio indebiti).

d. wenn der Beklagte ex turpi causa dem Kläger statt Geld einen Wechsel gegeben hat. (Condictio ob turpem causam).

Die exc. doli fällt denn auch in diesen Fällen weg, wenn der Empfänger des Wechsels ihn weiter begeben hat. Denn

in der Anstellung der Wechselklage Seitens des neuen Inhabers liegt kein Dolus gegen den Beklagten.

§. 182.

In dem Falle, wo der Wechselschuldner die Wechselsumme zahlt, ohne den Wechsel zurückzubekommen, hat der Gläubiger nicht den Wechsel, sondern das empfangene Geld sine causa [1]). Dieses kann er zurückverlangen, mit der condictio causa data causa non secuta; ja, unter Umständen kann er es vindiciren, wenn er es unter der Bedingung der Rückgabe des Wechsels gegeben hat. In diesem Falle geht das Eigenthum an dem Gelde gar nicht über, bis die Rückgabe des Wechsels erfolgt ist [2]). Die Zahlung der Wechselsumme ist im Zweifel stets als eine bedingte zu interpretiren.

§. 183.

7) Soll der Wechsel so gut sein, wie baar Geld, so muß für seine Realisirung ein höchst summarisches Verfahren stattfinden. Der Wechselproceß rechtfertigt sich also aus dem Begriffe des Wechsels. Es folgt ferner, daß die exceptio doli nur berücksichtigt werden kann, wenn sie sofort liquid ist. Auch entspricht die Haftung des Wechselschuldners mit seiner Person ganz dem Begriffe des Wechsels; denn nur dann ist der Wechsel practisch so gut, wie baar Geld, wenn der Schuldner mit seiner Person für die Einlösung desselben haftet [3]).

---

[1]) Denn da die Wechselverbindlichkeit nicht auf Zahlung, sondern auf Einlösung geht, so kann man nicht sagen, daß hier das Geld ex causa solvendi übertragen ist.

[2]) L. 34. D. d. A. R. D. (41. 2). D.

[3]) Die Schuldhaft in Wechselsachen ist in jüngster Zeit durch Bundesgesetz für Norddeutschland aufgehoben. Ohne Zweifel aus Humanitätsrücksichten Man muß jedoch dagegen die Frage aufwerfen, ob es nicht sehr unhuman ist, den weniger bemittelten Mann des einzigen Mittels zu berauben,

§. 184.

Legt man dagegen den andern Begriff des Wechsels (§. 175.) zu Grunde: so ist die Wechselverbindlichkeit eine Verpflichtung zur Zahlung einer bestimmten Summe Geldes, und es ergeben sich hieraus folgende Consequenzen:

Ad 1: tritt nicht nothwendig eine Novation ein; wenigstens kann ein Gläubiger, der sich über den Betrag seiner Forderung einen Wechsel geben läßt, sich den Fortbestand der alten Obligatio neben der Wechselverbindlichkeit reserviren [1]).

Ad. 2: ist der Schuldner nicht berechtigt, nur gegen Aushändigung des Wechsels zu zahlen [2]).

Ad 3: Zahlung der Wechselsumme tilgt die Obligatio.

Ad 4: Gerichtliche Deposition der Wechselsumme liberirt den Wechselschuldner.

Ad 5: Die Wechselverbindlichkeit ist theilbar. Es ist daher eine Theilzahlung möglich, und correaliter verpflichtete Wechselschuldner haben das beneficium divisionis.

Ad 6: Gegen die Wechselklage können alle Einreden vorgeschützt werden, welche geeignet sind, Schuldklagen unwirksam zu machen.

Ad 7: Ein besonderer vom Executiv-Proceß abweichender Wechselproceß, und die Haftung des Schuldners mit seiner Person sind ganz unmotivirt [3]).

---

um sich Credit zu verschaffen. Es ist nicht immer gerathen, Sittlichkeits-Grundsätze zu Rechtssätzen zu machen, weil dies oft sehr unsittliche Consequenzen hat.

[1]) Es muß also, wenn eine Novation eintreten soll, dies expressis verbis erklärt sein. Im Zweifel hat hier also der Wechsel nur die Bedeutung eines Constitutum debiti proprii.

[2]) Er bleibt verpflichtet, auch wenn der Wechsel untergegangen ist.

[3]) Von diesem Standpunkte aus ist denn auch die Aufhebung der Schuldhaft in Wechselsachen vollkommen gerechtfertigt.

§. 185.

Die allgemeine deutsche Wechselordnung schwankt zwischen beiden Begriffen. Sie faßt einerseits ganz offenbar die Wechselverbindlichkeit als Zahlungsverbindlichkeit, indem sie ausdrücklich den Wechselgläubiger verpflichtet, eine Theilzahlung anzunehmen[1]), die Wechselschuld mithin für theilbar erklärt; andererseits wird sie sich aber wieder inconsequent und folgt dem richtigen Princip, indem sie gegen die Wechselklage nur Einreden zuläßt, wenn sie dem Beklagten unmittelbar gegen den Kläger zustehen[2]). Hieraus entspringt für den Richter in denjenigen Streitfällen, welche durch die Wechselordnung nicht ausdrücklich normirt sind, die mißliche Situation, daß er nicht weiß, an welches der beiden Principien er sich halten soll, mithin lediglich auf die Interpretationsregel angewiesen ist: Semper in obscuris quod minimum est sequimur. Das Gesagte genügt, zu der Ueberzeugung zu führen, daß eine Revision oder vielmehr eine ganz neue Wechselordnung dringend Noth thut.

§. 186.

Seitdem die Schuldhaft in Wechselsachen für Nord-Deutschland aufgehoben ist, reducirt sich hier die besondere Rechtswirkung, welche der Wechsel vor andern Repräsentativzeichen noch voraus hat, darauf, daß seine Realisirung in dem sog. Wechselproceß stattfindet. Erwägt man nun, daß der Grund einer solchen schleunigen Procedur — wie oben bemerkt — in seiner Natur als Repräsentativzeichen liegt, d. h. daß er nur dann so gut ist, wie baar Geld und als solches genommen wird, wenn seine Realisirung sehr rasch erzwungen werden kann: — so ist nicht einzusehen, warum nicht diese Procedur auch bei

---

[1]) Art. 38.
[2]) Art. 82.

allen andern solchen Zeichen, wenn sie die von ihnen repräsentirte Summe Geldes und den zur Einlösung des Zeichens Verpflichteten angeben, stattfinden soll. Warum soll gegen eine Bank, welche ihre Noten nicht einwechseln will, weniger schnell und weniger strenge verfahren werden, wie gegen einen Wechselschuldner? Die Aufgabe der Gesetzgebung ist mithin, den Wechselproceß auf sämmtliche Repräsentativzeichen des Geldes auszudehnen. Dies zieht dann folgende Consequenzen nach sich:

1. Der Name „Wechsel" ist unwesentlich. Es genügt, daß sich das Papier als Repräsentativzeichen einer Summe Geldes ankündigt. Statt des Wortes „Wechsel" können hier auch andere Bezeichnungen zugelassen werden, z. B. „Gut für."

2. Es ist unwesentlich, daß das Papier den Namen des Gläubigers angiebt. Die Gesetzgebung hat den allgemeinen Grundsatz aufzustellen, daß sämmtliche Repräsentativzeichen im Wechselproceß realisirt werden, gleichviel, ob sie auf den Inhaber oder auf Namen lauten [1]).

3. Es ist ferner unwesentlich, daß das Papier die Zeit und den Ort der Zahlung, — Ort und Zeit der Ausstellung angiebt.

Mit Einem Worte: — Es giebt keinen Unterschied mehr zwischen Wechseln und andern Stellvertretungszeichen des Geldes, und keine wechselmäßige Zahlungsverbindlichkeit, sondern nur eine Wechselverbindlichkeit, d. h. Verbindlichkeit zum „Wechseln".

---

[1]) Damit stimmt denn auch die Ansicht des Verkehrs überein; denn tagtäglich werden Blanco-Wechsel und Blanco-Indossamente gegeben.

Sechzehntes Kapitel.

Die Petitiones.

§. 187.

Gegenstand einer Petitio ist ursprünglich eine Sache. Von der Sache aber haben sich als besondere Gegenstände deren Productivdienste — oder, um nach römischer Terminologie zu reden, das re uti und frui — abgetrennt. Man hat ferner Sachen abstract als Werthe und ebenso deren Productivdienste aufgefaßt. Darnach giebt es im Justinianeischen Rechte drei verschiedene Petitionen oder Vindicationen[1]):

1) Die Vindication einer Sache, — rei vindicatio.

2) Die Vindication der Productivdienste einer Sache oder des uti und frui: — act. confessoria und negatoria.

3) Die Vindication des Werthes, — die actio hypothecaria.

Alle drei sind in der hereditatis petitio vereinigt.

I. Die rei vindicatio[2]).

§. 188.

Erwirbt Jemand das Eigenthum ohne den Besitz z. B. an einem Legat, oder wird dem Eigenthümer der Besitz entzogen

---

[1]) Analogien davon haben sich gebildet in der actio in rem emphyteuticaria [L. 1. §. 3. l. 3. D. si ager vectigalis (6. 3)], — de superficie [l. 74. 75. D. d. R. V. (6. 1)], — Publiciana in rem actio (Dig.: VI. 2). Alle drei Petitionen können als actiones Publicianae auftreten. §. 4. J. d. act. (4. 6). l. 12. §. 2. D. d. act. Publ. (6. 2). l. 12. §. 2. 3. eod. L. 14. D. qui pot. (20. 4).

[2]) Dig. VI. 1. Cod. III. 32: de rei vindicatione.

oder vorenthalten: so tritt an die Stelle des fehlenden Besitzes ein ideelles Gut, — eine petitio. Diese ist, wie alle ideellen Güter, ein Surrogat und zwar des fehlenden (entzogenen oder vorenthaltenen) Besitzes, welches mit Hülfe des Staats realisirt werden kann. Dadurch wird die rechtliche Herrschaft über eine Sache erst eine vollkommene, indem sie auch die fehlende factische Herrschaft ersetzt. Man muß demnach unterscheiden: 1) die rei vindicatio als Mittel, das Eigenthum geltend zu machen[1]); 2) die rei vindicatio als Mittel, den Besitz seiner Sache zu erlangen. Auch in diesem zweiten Falle kann dem Vindicanten das Eigenthum bestritten werden; dies ist aber Nichts als das Verlangen, sich activ ad causam zu legitimiren[3]). Es kann nur eine Eigenthumsklage geben; aber der Eigenthümer hat viele actiones, unter anderen auch die petitio rei oder rei vindicatio. Bei dem Streit um[4]) das Eigenthum hat der Beklagte nothwendig den Besitz mit dem animus domini, weil er sich eben selbst das Eigenthum beimißt; bei der bloßen Vindication der Sache niemals, sondern höchstens den animus rem sibi habendi, und es genügt hier nach der Natur dieser actio zur passiven Legitimation des Beklagten die bloße facultas restituendi[5]).

---

[1]) Sie ist, genau ausgedrückt, nur eine vindicatio dominii, nicht rei.

[2]) Sie wird in dieser Eigenschaft, wie jede andere actio, als ein besonderer ideeller Vermögensbestandtheil betrachtet und unter die bona civilia gerechnet. Cit. l. 49. D. d. V. S. (50. 16).

[3]) Gerade, wie bei der actio ex lege Aquilia.

[4]) §. 1. J. d. act. (4. 6): — — veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat.

[5]) L. 9. D. d. R. V. (6. 1): Puto ab omnibus, qui tenent et habent facultatem restituendi, peti posse.

II. Die actio confessoria und negatoria[1]).

§. 189.

Die rei vindicatio competirt, wenn man sich um die Sache streitet — in controversiis rerum corporalium; der Richter stellt das Eigenthum fest und regulirt hiernach den Besitz. Bei einem solchen Rechtsstreit ist die Vindication die einzige Klage[2]). Es wäre denkbar, also nicht ungereimt, meint Justinian, daß es in diesen Fällen auch eine actio negativa gäbe, wenn der, welcher die Sache besitzt, ebenfalls das Eigenthum in Anspruch nimmt, und der Beklagte (Besitzer) in dem Proceß auch als Kläger, der Vindicant auch als Beklagter behandelt würde, sodaß das Urtheil feststellte, wem von beiden das Eigenthum zustehe; allein eine solche actio negativa sei von den Vorfahren nicht überliefert[3]); auch sei es nicht üblich geworden, die Klage um das Eigenthum als judicium duplex zu behandeln.

---

[1]) Dig. VII. 6. Si ususfr. petatur. VIII. 5. Si serv. vindicetur. Vgl. oben Kap. 8.

[2]) Dies wird klar ausgesprochen in l. 1. §. 6. D. Uti possidetis (43. 17): Interdictum autem possessorem praedii tuetur; — actio autem nunquam possessori datur; sufficit ei, quod possideat. Unter „actio" ist hier offenbar die negatoria verstanden. Es ergiebt sich also, daß diese Klage bei bloßen Besitzstörungen nicht competirt. Dasselbe wird ausgesprochen in l. 2. §. 2. eod.: Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur, etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. Der Eigenthümer ist bei solchen Turbationen des Besitzes lediglich durch das Interdictum Uti possidetis geschützt. Außerdem kann das Interd. Quod vi aut clam Platz greifen. Vgl. unten Kap. 18.

[3]) §. 2. J. d. act. (4. 6): Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est; nam in his agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget

§. 190.

Neben dem Streit um die Sache kann es einen Streit um die Productivdienste (nach römischer Terminologie um das uti oder frui) geben; neben dem Streit um das Eigenthum einen Streit um das jus utendi oder fruendi. Hier findet entsprechend der Vindication der Sache eine Vindication der Productivdienste statt. Kläger ist (ganz analog) der, welcher sie nicht besitzt, d. h. von dem uti oder frui ausgeschlossen ist, Beklagter, wer sie factisch besitzt. Der Eigenthümer der Sache kann hier Beklagter oder Kläger sein. Diese beiden einander gegenüberstehenden Klagen lediglich um die Productivdienste einer Sache, wobei also das Eigenthum nur für die active und

---

rem actoris esse. Da die römischen Juristen das ganze Vermögen in res corporales und incorporales theilen und unter den ersteren „Eigenthumsobjecte" verstehen, so folgt aus dieser Stelle ganz klar, daß es keinen Streit um das Eigenthum giebt, der mit einer actio negatoria zur Entscheidung gebracht werden könnte. Die actio negatoria ist mithin keine Eigenthumsklage. Es folgt ferner, daß es juristisch keine sog. partielle Verletzung des Eigenthums (Puchta, Pand. §. 167), sondern statt deren nur eine Störung des Besitzes giebt; diese wird durch das Interd. Uti possidetis beseitigt. Hat hier der Eigenthümer den Besitz nicht z. B. er ist Legatar und der Erbe ist noch im Besitz, so fällt auch diese possessorische Klage weg. Ueberhaupt ist es unquellenmäßig und daher unrichtig, die rei vindicatio aus einer „Verletzung" des Eigenthums entspringen zu lassen. Der Begriff und Ausdruck „laesio dominii" kommt nirgends vor. Der Eigenthümer fordert mit der rei vindicatio seine Sache von dem, der sie hat. Dieses „Haben" als eine „Verletzung" zu bezeichnen, ist etwas rein Willkührliches. Man könnte den Ausdruck hingehen lassen, wenn er nicht die Quelle von Irrthümern wäre. Giebt man den Begriff „Verletzung" des Eigenthums zu, so folgt gleich hinterdrein die Distinction: totale und partielle Verletzung; dann weiter der Schluß, daß es auch eine actio in rem zum Schutze gegen partielle Verletzung geben müsse, folglich die actio negatoria eine Eigenthumsklage sei, mithin der Negatorienkläger nie etwas anderes zu beweisen habe, als sein Eigenthum, — was Alles falsch ist. Jener Begriff mit der daraus entspringenden Distinction ist daher aus der Theorie des Civilrechts zu streichen.

passive Legitimation in Betracht kommt[1]), hat man mit den einander entsprechenden Namen in rem confessoria und negatoria benannt. Obgleich der Name auf entgegengesetzte Begriffe hindeutet, so sind doch beide actiones nach Fundament und Zweck dieselben. Beide stützen sich auf das jus utendi oder fruendi, beide intendiren die richterliche Anerkennung desselben und die Einräumung der Productivdienste der Sache[2]). Allein da der Eigenthümer nach einmal bestehender Theorie formell kein separates jus utendi oder fruendi hat, so kann ihm keine aus dem bloßen jus utendi oder fruendi entspringende actio confessoria zustehen[3]), und da hier die rei vindicatio durch die Natur des Streitgegenstandes (res incorporalis) ausgeschlossen ist: so mußte ihm hier eine besondere Klage gegeben werden.

§. 191.

Bei beiden Klagen handelt es sich um die Existenz oder Nichtexistenz einer Servitut. Dies soll richterlich festgestellt werden; das Eigenthum der Sache selbst ist außer Streit,

---

[1]) Die actio negatoria unterscheidet sich wesentlich dadurch von der Vindication, daß sie keine Eigenthumsklage ist, hat aber mit ihr gemein, daß der Kläger Eigenthümer sein muß, gerade wie bei der actio ex lege Aquilia. Durch diese active Legitimation unterscheidet sie sich umgekehrt von der actio confessoria, während sie mit dieser den Gegenstand gemein hat.

[2]) Darum heißt es in l. 5. pr. D. Si ususfr. petatur (7. 6): Quamquam actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videatur, quam de alieno, quum invito se neget jus esse utendi fruendi vel sibi jus esse prohibendi. Diese Stelle besagt, man solle aus dem Namen nicht auf die Natur der Klage schließen; die Klage, obgleich negativa genannt, habe doch einen confessorischen Charakter.

[3]) L. 2. pr. D. d. serv. (8. 5): — qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet.

und hiernach bestimmt sich das thema probandum. Diese beiden Klagen als Vindicationen der Productivdienste einer Sache unterscheiden sich aber noch wesentlich darin von der Vindication der Sache selbst, daß sie auch competiren, wenn der Kläger die fraglichen Productivdienste besitzt, ihm also bloß das jus utendi oder fruendi bestritten wird. Die actio negatoria steht also dem Eigenthümer auch dann zu, wenn er in und mit dem Besitz der Sache auch den der Productivdienste, in und mit der possessio rei die quas possessio des uti oder frui hat [1]); ebenso die actio confessoria dem, der die Servitut in Anspruch nimmt, wenn er gleich den Quasi-Besitz hat [2]). Ob aber auf Seiten des Klägers oder des Beklagten der Besitz (possessio resp. quasi possessio) ist, das hat (nicht auf das thema probandum, aber) auf die Beweislast einen sehr wesentlichen Einfluß. Der Beweis dreht sich um die Existenz oder Nichtexistenz einer Servitut, — jus esse oder jus non esse; aber, wer hier zu beweisen hat, darüber gelten hier dieselben Grundsätze, wie bei der vindicatio rei. Den Beweis hat der zu führen, qui non possidet [3]); d. h. der Besitz hat bis auf Weiteres die Vermuthung des Rechts für sich, also der Besitzer hat nie zu beweisen: das Recht zu besitzen. Tritt also der Eigen-

[1]) Cit. 2. J. d. act. (4. 6). Vgl. oben §. 180. Note 3. L. 15. D. d. O. N. N. (39. 1): Si, priusquam aedificatum esset, ageretur, jus vicino non esse altius tollere — —.

[2]) Cit. l. 15. D. d. O. N. N.: — Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, jus sibi esse invito adversario altius tollere — —.

[3]) L. 8. §. 3. Si serv. (8. 5): Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait; si vero non sint immissa, eum, qui negat. L. 15. eod.: ut de suo jure probare necesse haberet; id enim esse petitoris partes sustinere. Die Beweislast regulirt sich nach demselben Princip, gleichviel ob mit der negatoria oder confessoria geklagt ist.

thümer, der den Besitz der Sache hat, mit der actio negatoria gegen den auf, der sich eine Servitut an der Sache anmaßt: so ist er von der Beweislast frei; denn die Eigenthumsfrage ist außer Streit[1]). Der Beklagte hat allein zu beweisen, und zwar die Existenz der behaupteten Servitut. Tritt er aber gegen den mit der actio negatoria auf, der bereits die fraglichen Productivdienste besitzt, also, wie man sich ausdrückt, den Quasi-Besitz der Servitut und somit die Vermuthung des jus utendi für sich hat, so muß er beweisen: jus illi non esse[2]). In gleicher Weise regulirt sich die Beweislast, wenn die actio confessoria angestellt wird. Besitzt der Kläger und klagt in Folge einer bloßen Prohibition oder Turbation gegen den Eigenthümer, so hat dieser die Nichtexistenz der Servitut, d. h. sein jus prohibendi zu beweisen; besitzt der Kläger nicht, so hat er die Existenz der Servitut zu beweisen.

Gegenstand der richterlichen Entscheidung auf die actio negatoria ist nicht Anerkennung des Eigenthums; denn zum Wesen derselben gehört nicht[3]), daß der Beklagte dem Kläger das Eigen-

---

[1]) Wird vom Beklagten bestritten, daß Kläger Eigenthümer sei, so ist dies nur die Einrede der fehlenden Activ-Legitimation.

[2]) Daher heißt es in cit. l. 5: — magis de suo jure agere videatur quam alieno d. h. mit der bloßen Berufung auf sein Eigenthum sei es nicht immer gethan.

[3]) Gegen die gangbare Ansicht, daß die actio negatoria eine Klage zum Schutze des Eigenthums sei, sprechen außer dem Angeführten noch folgende Gründe. Es wäre zuvörderst höchst auffallend, daß in den Digesten nicht neben der rei vindicatio der actio negatoria ein eigner Titel gewidmet ist; nicht minder auffallend ferner, daß sie, anstatt in Verbindung mit der rei vindicatio, — gegenüber der actio confessoria abgehandelt ist. Dig. VIII. 5: si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. Endlich spricht gegen jene Ansicht offenbar der Name „negatoria“ oder „negativa“, welcher den bloßen Gegensatz zur confessoria anzeigt, deutet also darauf hin, daß mit der negatoria das reine Gegentheil der confessoria intendirt, also nicht die Beseitigung einer Eigenthumsverletzung, son-

thum bestreitet. Die Intention der Klage geht auf den richterlichen Ausspruch, daß dem Beklagten die von ihm behauptete Servitut nicht zustehe, — jus illi non·esse. Zur Begründung der Klage gehört also auch die klägerische Behauptung, daß der Beklagte sich eine Servitut anmaße[1]). Um dies zu erfahren, giebt es besondere Rechtsmittel. Diese sind das Interdictum Quod vi aut clam[2]), und wenn der Eigenthümer seine Sache besitzt, auch das Interdictum Uti possidetis[3]). Da die actio negatoria keine Eigenthumsklage ist: so erfordert sie andererseits zu ihrer Begründung nicht nothwendig die Vornahme einer Handlung Seitens des Beklagten, sondern, da sie eine Servituten-Klage ist, so genügt ein objectiver Zustand, welcher den Inhalt einer Servitut bildet. Der Negatorienkläger hat nicht nothwendig zu behaupten: jus illi non esse hoc facere, sondern er kann die Klage auch darauf gründen: jus illi non esse, rem ita habere. So namentlich bei benachbarten Grundstücken, wenn Bäume durch Sturm auf die Seite gelegt

---

dern einer angemaßten Servitut beabsichtigt wird, womit auch übereinstimmt, daß stets als Intention der actio negatoria „— jus illi non esse" angegeben wird. In den Quellen heißt es: — um Servituten gebe es gegenseitige Klagen: — de servitutibus invicem proditae sunt actiones, ut si quis intendat jus non esse adversario (cit. §. 2. J. d. act.); es könne auf zwiefachem Wege eine richterliche Entscheidung über die Existenz oder Nichtexistenz einer Servitut erwirkt werden durch actio in rem confessoria und negatoria. Dagegen um das Eigenthum gebe es nur eine Klage, — keine negativa (eod.). Nach den Quellen erscheint die Negatoria als Gegensatz der Vindication, während die gangbare Theorie sie ihr coodinirt.

[1]) Dies ist bei der actio confessoria nicht nothwendig. Gerade, wie die Vindication einer Sache gegen jeden Besitzer stattfindet, so auch die confessoria gegen Jeden, der ihn an der Nutzung der Sache hindert.

[2]) Dig. XLIII. 24: Quod vi aut clam. Vgl. Kap. 18.

[3]) Dig. XLIII. 17. Cod. VIII. 6. Uti possidetis. Vgl. Kap. 18.

sind und in den Luftraum des benachbarten Grundstücks hineinragen [1]). Gegen sonstige Belästigungen des Grundeigenthümers durch Bäume, welche auf dem benachbarten Grundstücke stehen, schützte die actio negatoria nicht, weil man solche Belästigungen nicht als Inhalt einer Servitut auffaßte. Daher hat der Prätor hier ein besonderes Interdictum de arboribus caedendis gegeben [2]).

III. Die actio hypothecaria [3]).

§. 192.

Man kann eine Sache lediglich ihrem Werthe nach auf einen Andern übertragen, — oder (was dasselbe ist) den Werth einer Sache auf einen Andern übertragen, ohne das Eigenthum daran oder auch nur ihren Besitz einzubüßen. Diese Uebertragung geschieht durch simplen Vertrag, welcher pactum hypothecae heißt, und der so erworbene ideelle Werth, welcher sich durch eine bestimmte Summe Geldes ausdrücken läßt — heißt: hypotheca oder [4]) actio in rem hypothecaria. Das diesem ideellen Werth entsprechende reale Object heißt: Pfand, pignus [5]). Der Name „Hypothek" führt daher, weil nach römischer Anschauung die Bestellung einer Hypothek stets den Charakter einer Cautionsbestellung hatte [6]),

---

[1]) L. 2. D. d. arbor. caed. (43. 27): jus ei non esse ita arborem habere.

[2]) Dig. XLIII. 27: De arboribus caedendis. Vgl. oben Kap. 5.

[3]) Vgl. oben Kap. 9. und 10.

[4]) Denn als Vermögensbestandtheile aufgefaßt sind jus und petitio dentisch.

[5]) Andere Ausdrücke sind: res pignorata, pignori data, oppignorata, hypothecae data, obligata.

[6]) Vgl. oben Kap. 10. §. 78.

d. h. den Zweck, die Realisirung irgend eines andern ideellen Werths zu sichern. So ist die actio hypothecaria stets nur die Begleiterin einer andern actio, mit der sie steht und fällt. Und diesen accessorischen Charakter hat sie noch heute; nur in einzelnen Territorien Deutschlands kann sie ein selbständiger ideeller Werth sein; hier kann ein Grundstück rein seinem Werthe nach übertragen werden, ohne daß dabei der Zweck eine Sicherheitsbestellung ist[1]. Bei der vertragsmäßigen Bestellung einer Hypothek kann auch der Besitz der Sache übertragen werden. Dieser Vertrag heißt Faustpfandvertrag oder contractus pignoraticius. Geht der Besitz verloren, so tritt hier an die Stelle desselben ebenfalls die actio hypothecaria zum Schutz des realen Vermögens, nämlich aller Sachen, die man zu Hypothek besitzt, wie die rei vindicatio zum Schutz aller Sachen, die man zu Eigenthum besitzt.

Die actio hypothecaria ist eine petitio, wie die rei vindicatio. Sie unterscheidet sich von derselben dadurch, daß es sich bei der letzteren um die Sache selbst, bei der ersteren lediglich um den Werth der Sache handelt. Die hypothecaria actio ist Vindication[2], aber Vindication eines Werths, und nur deshalb, weil dieser nicht ohne die Sache vindicirt werden kann, Vindication der Sache. Die Realisirung der hypothecaria actio richtet sich gegen Jeden, der das Pfandobject hat[3]. Auch hier muß unterschieden werden, wie bei der rei vindicatio: der Streit um das Pfandrecht und die einfache vindicatio pignoris. Jener kann ein Streit um die Priorität sein. Auch hier entscheidet über die Beweislast ganz

[1]) Vgl. oben Kap. 10. §. 88.

[2]) Sie wird deshalb auch vindicatio pignoris genannt. L. 16. §. 3. D. d. pign. (20. 1).

[3]) Cit. L. 16. eod.

analog der Besitz. Der besitzende Pfandgläubiger hat die Präsumption eines gleichen oder besseren Pfandrechts für sich; mithin muß der klagende Pfandgläubiger ein besseres Pfandrecht beweisen [1]).

In den Territorien, wo die actio hypothecaria ein selbständiger Werth ist, geschieht die Bestellung der Hypothek durch Eintragung in öffentliche Bücher, und es werden über die letztere Bescheinigungen ausgefertigt. So erscheint denn hier die actio hypothecaria verkörpert als Hypothekenschein und wird Handelsgegenstand. Nur ist zu beachten, daß der Hypothekenschein kein Repräsentativzeichen, wie der Wechsel, sondern eine bloße Urkunde ist. Dem Hypothekenschein den repräsentativen Charakter [2]) beizulegen, und folgeweise für die Realisirung desselben den Wechselproceß [3]) einzuführen, ist noch die Aufgabe der heutigen Legislation.

IV. Die hereditatis petitio [4]).

§. 193.

Das römische Recht hat, um bei Erbfällen Verwirrung der vermögensrechtlichen Verhältnisse zu verhüten, unter andern sehr practischen Rechtsvorschriften, auch den Grundsatz aufgestellt, daß nicht bloß das transmissible Vermögen des Erblassers, sondern sämmtliche Gegenstände, welche factisch im Nachlaß befindlich sind, mithin auch diejenigen Sachen, welche der Erblasser bloß besaß oder detinirte, — Faustpfänder, commodirte und deponirte

---

[1]) Puchta, Pand. §. 215. Note g.

[2]) Im Verkehr wird der Hypothekenschein mit der Hypothek vollständig identificirt.

[3]) Die Klagen aus Hypothekenscheinen werden schon jetzt in Mecklenburg in einem höchst summarischen Verfahren verhandelt.

[4]) Dig. V. 3. Cod. III. 31: de hereditatis petitione.

Sachen — vorläufig Eine Erbmasse bilden, und, mit dem Erwerb der Erbschaft, ipso jure als Ein ideeller Werth, — hereditatis petitio genannt, auf den Erben übergehen sollen[1]). Wer sich nach dem Tode des Erblassers in Besitz solcher Sachen setzt, sei es pro herede d. h. weil er sich selbst für den Erben hält, sei es pro possessore d. h. ohne allen Rechtsgrund, kann daher lediglich auf Grund des Erbrechts gezwungen werden, sie herauszugeben[2]). Als praedo wird auch der angesehen, welcher aus einem nichtigen Rechtsgeschäft vom Erblasser Sachen erworben hat, oder, was dasselbe ist, — solche Sachen werden als im Nachlaß befindliche und aus demselben entnommene Sachen behandelt[3]). Analog werden auch diejenigen Werthe behandelt, welche dem Erblasser geschuldet wurden[4]), wenn die Schuld nicht bestritten, aber die Zahlung verweigert wird, weil der Schuldner selbst das Erbrecht in Anspruch nimmt, oder ohne allen Grund. Im ersteren Fall gilt er juristisch als Besitzer pro herede, im letzteren als Besitzer pro possessore. — Auch bei der hereditatis petitio ist zu unterscheiden: der Streit um die Erbschaft und die einfache Vindication der Erbschaft.

---

[1]) L. 18. §. 2. l. 19. pr. D. h. t.: — Nunc videamus, quae veniunt in hereditatis petitione. Et placuit universas res hereditatis in hoc judicium venire, sive jura sive corpora sint, et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quaorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve. Man hat daher zu unterscheiden: res hereditatis und res hereditariae. Der erstere Begriff ist der allgemeinere und umfaßt den zweiten mit.

[2]) L. 9. 10. pr. 11. 12. 13. pr. eod.

[3]) L. 13. §. 1. eod.

[4]) L. 13. §. 15. eod. Sehr unzutreffend führt Ulpian hier als Grund an, weil ein solcher Schuldner als juris possessor zu betrachten sei. Der wahre Grund ist der, weil die Römer geschuldete Werthe materiell als zum Vermögen des Gläubigers gehörig ansahen, und deshalb auch aes alienum nannten.

Siebzehntes Kapitel.

Die actio finium regundorum.

§. 194.

Bei der Vermessung eines Grundstücks kann sich finden und findet sich oft, daß dasselbe nicht seinen vollen Flächeninhalt hat, d. h. die factisch vorhandene markirte Grenze nicht die rechtliche, mithin ein Theil dieses Grundstücks mit dem benachbarten zu Einem Besitzobject verbunden ist, und, wenn nun ein solches Stück Land nicht als eine allseitig begrenzte Fläche bezeichnet werden kann, so kann es nicht Gegenstand einer Vindication sein [1]). Es bedurfte hier also einer persönlichen Klage, welche die unzulängliche Vindication vertrat oder ersetzte. Diese durch das prätorische Edict eingeführte Klage ist die actio finium regundorum. Ihr Charakter als Ergänzung der Vindication wird mit den Worten angegeben: Finium regundorum actio personalis est, licet pro vindicatione rei est [2]). Aus diesem Grunde ist ihr Zweck, dem Kläger das an seinem Grundstück fehlende Areal, wenn auch nicht mit den wirklichen Grenzen, doch nach Flächeninhalt, unter Feststellung neuer Grenzen wieder zu verschaffen.

§. 195.

Die factische Voraussetzung der Klage kann auch eintreten bei praediis urbanis d. h. bebauten Grundstücken, welche

---

[1]) Cit. l. 6. pr. D. d. R. V. (6. 1.) cit. l. 3. §. 2. D. d. A. R. D. (41. 2). Vgl. oben §. 37.

[2]) L. 1. D. finium regundorum (10. 1). Sie ist pro vindicatione rei, wie die actio ad exhibendum propter vind. rei ist. Vgl. oben §. 42.

an einander stoßen, wiewohl dies selten der Fall sein wird[1]). Allein die Anwendung des Edicts auf Gebäude ist durch die römische Praxis ausgeschlossen[2]). Als Grund führt Paulus an, daß die Eigenthümer solcher Grundstücke nicht confines, sondern vicini genannt würden[3]), woraus sich ergiebt, daß das prätorische Edict für confines gegeben ist. Daß die römischen Juristen bei der Interpretation des Edicts so fest an den Worten des Edicts hingen, hat wohl den sachlichen Grund, daß die Durchführung einer actio finium regundorum bei praediis urbanis mit zu großem Nachtheil für den unterliegenden Theil verbunden sein kann, während regelmäßig der Vortheil des siegenden Theils sehr gering sein würde. Also gilt der Grundsatz: Bei praediis urbanis ist die factisch vorhandene Grenze auch alle Mal die rechtliche, wenn nicht die Erfordernisse der rei vindicatio[4]) vorliegen, und die actio finium regundorum beschränkt sich auf praedia rustica[5]). Ulpian bemerkt dazu, daß die Klage nicht ausgeschlossen sei dadurch, daß das confinium hier oder da durch ein Gebäude unterbrochen würde[6]), denn es

---

[1]) Ea enim, meint Paulus, communibus parietibus plerumque disterminantur. L. 4. §. 9. eod.

[2]) — — displicuerit. L. 4. loc. cit.

[3]) Cit. l. 4. eod.

[4]) Diese ist nicht ausgeschlossen. Wer also auf fremdem Terrain gebaut hat, muß das Gebäude insoweit wieder abbrechen, während er dies nicht nöthig hat, wenn er mit fremdem Material auf eignem Grund und Boden gebaut hat, vorausgesetzt, daß er nicht in dolo ist. Man sieht nicht recht ein, warum diese beiden Fälle rechtlich verschieden behandelt worden sind. Denn der für den letzteren Fall in l. 1. D. d. tigno juncto angeführte Grund: ne sub hoc praetextu aedificia diruantur paßt auch auf den ersteren Fall.

[5]) L. 4. §. 10. eod.: Hoc edictum locum habet in confinio praediorum rusticorum. Es müssen also beide Grundstücke praed. rustica sein.

[6]) L. 2. pr. eod.: Hoc edictum pertinet ad praedia rustica, quamvis aedificia interveniant.

könne keinen Unterschied machen, ob die Grenzlinie durch Gebäude oder durch Bäume unterbrochen würde; und im letzteren Falle sei die Statthaftigkeit der Klage außer Zweifel. Andrerseits ist aber die Regel festgehalten, wenn auf den an einander grenzenden Feldgrundstücken sich mit einander verbundene Gebäude beider Nachbarn befinden, dann cessirt rücksichtlich der Grenze zwischen den Gebäuden die act. fin. regundorum. Wenn übrigens dieselbe auch in praediis urbanis nicht statt findet, so kann sie doch sehr wohl in urbe statt finden, — bei den Zwischenräumen zwischen den Häusern und den an einander grenzenden Gärten [3]).

§. 196.

Eine wesentliche factische Voraussetzung der Klage ist ferner, daß beide Grundstücke Privat-Grundstücke sind. Sie findet daher nicht Statt für solche, die an einem öffentlichen Wege liegen, wenn ein Theil des Grundstücks zur Straße oder ein Theil der Straße zu dem Grundstück gezogen ist [4]).

§. 197.

Kläger ist der von den Grenznachbarn [5]), dem ein Theil

---

[1]) Cit. l. 2. pr: neque enim multum interest, arbores quis in confinio, an aedificium ponat.

[2]) Cit. l. 4. §. 10: — et ideo, etsi in agris aedificia juncta sint, locus huic actioni non erit.

[3]) Cit. l. 4. §. 10: Et in urbe hortorum latitudine contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.

[4]) L. 4. §. 11. eod: Si via publica intervenit, confinium non intelligitur et ideo finium regundorum agi non potest. Die Grenzregulirung ist hier Sache des Staats. Uebrigens hat, wenn Jemand einen Theil eines Grundstücks zum öffentlichen Wege zieht, der beeinträchtigte Eigenthümer gegen ihn die actio viae receptae auf Entschädigung. L. 3. pr. D. d. via publ. refic. (43. 11).

[5]) Ursprünglich nur dem Eigenthümer gegeben, ist sie später allen dinglich Berechtigten eingeräumt. Cit. l. 4. §. 9. D. fin. reg. (10. 1).

seines Grundstücks fehlt [1]). Denn die Klage ist eine actio in personam, entspringt also aus einer Obligatio, kann also nur von dem angestellt werden, welcher an der Grenzberichtigung ein Interesse hat. Sie ist ferner, wie bereits gesagt, pro vindicatione und geht daher ihrem practischen Resultate nach auf Restitution [2]). Si irruptione fluminis, sagt Ulpian, fines agri confudit inundatio ideoque usurpandi quibusdam loca, in quibus jus non habent, occasionem praestat, Praeses provinciae alieno abstinere et domino suum restitui terminosque per mensorem declarari jubet [3]). Theoretisch kann es also nur Einen Kläger geben, practisch ist es aber sehr wohl denkbar, daß beide gegen einander mit der act. finium reg. auftreten, mithin jeder Theil sich durch die bestehende factische Grenze verletzt glaubt und von dem Andern die Restitution eines Stück Landes beansprucht, und dadurch, daß der Eine die Klage anstellt, wird dem Andern das Recht, gleichfalls klagend aufzutreten, nicht entzogen. Es soll vielmehr, um den Grenzstreit definitiv zu schlichten, der Beklagte stets auch rechtlich als Kläger behandelt werden, sodaß, wenn der Richter findet, daß nicht dem Kläger, sondern dem Beklagten ein Stück Land fehlt, der Erstere nicht bloß abgewiesen, sondern auch verurtheilt werden kann. Dies heißt es, wenn Julian sagt: Judicium finium regundorum tale

---

[1]) Wenn der Eigenthümer eines Landguts grade da, wo ihm ein Stück Land entzogen ist, einen Theil des Guts abschneidet und diesen bis an die factisch vorhandene, aber unrichtige Grenze als besonderen Fundus verkauft und tradirt, so hat der Käufer gegen den Grenznachbar keine act. fin. reg., — weil ihm kein Areal fehlt, er vielmehr hat, was ihm contractlich zukommt. L. 1. C. fin. reg. (3. 39).

[2]) Statt: agere fin. regundorum wird daher in der l. 1. C. cit. auch gradezu „vindicare“ gesagt, und Paulus hält es deshalb für nöthig, bestimmt auszusprechen: act. fin. reg. in personam est. cit. l. 1. D. fin. reg. (10. 1).

[3]) L. 8. pr. eod.

est, ut in eo singulae personae duplex jus habeant, agentis et ejus, cum quo agitur[1]).

§. 198.

Beklagter ist der, welcher Eigenthum oder ein sonstiges Recht an dem angrenzenden Grundstück hat und das mitbesitzt, was dem Kläger an seinem Grundstück fehlt[2]). Practisch kann es zuweilen schwierig werden, den rechten Beklagten aufzufinden; wenn nämlich der Kläger mehrere Grenznachbarn hat, und nicht weiß, wer von ihnen das ihm fehlende Stück Land hat[3]).

§. 199.

Die römischen Juristen denken sich die an einander stoßenden Grundstücke als Personen; sie wachen über ihre Grenzen; die actio finium regundorum steht eigentlich dem Grundstück gegen das Grundstück zu, sodaß die Eigenthümer nur als Vertreter fungiren. Diese Anschauung ist der Grund von Rechtssätzen geworden. Wenn die an einander stoßenden Grundstücke res communes sind, dann sind die sämmtlichen Miteigenthümer des einen die Kläger, sämmtliche Miteigenthümer des andern die Beklagten. Sind sich also die Ersteren über die Erhebung der actio fin. reg. nicht einig, so muß vorerst die Communion mittelst der actio communi dividundo aufgelöst werden, und dann bleibt jedem separirten Socius überlassen, für seinen Antheil mit jener Klage aufzutreten. Eine fernere Consequenz jener Auffassung war, daß die sämmtlichen Miteigenthümer des Grundstücks als eine unitas personarum gedacht werden, — unius loco habentur; woraus dann weiter folgte, daß, wenn der Eigenthümer des einen Grund-

---

[1]) L. 10. eod.

[2]) Cit. l. 4. §. 9. eod.

[3]) Hier bleibt practisch nichts Anderes übrig, als sämmtliche Grenznachbarn zu verklagen.

stücks auch Miteigenthümer des andern ist, die act. fin. reg. nicht statt findet, weil Niemand Kläger und Beklagter in Einer Person sein kann [1]).

§. 200.

Gegenstand der Klage ist: Restitution des dem Kläger fehlenden Areals [2]) durch Abmarkung einer arbitrio boni viri zu findenden Grenze [3]) und Ersatz des Interesses [4]); auch auf Abräumung der auf dem abzutretenden Terrain gepflanzten Bäume und dort aufgeführten Gebäude [5]).

§. 201.

Der Beklagte prästirt levis culpa vom Augenblicke der Litiscontestation an; es soll jedoch hier mit dem Interesse nicht allzustrenge genommen werden. Der Beklagte soll nicht verpflichtet sein, jeden kleinen Vortheil, den er sich auf Kosten des Klägers gemacht hat, zu ersetzen; jedenfalls soll er aber einen Theil der Vermessungskosten tragen [6]). Die nach der Litiscontestation auf

[1]) L. 4. §. 6. 7. eod.

[2]) Es ist möglich, daß der Beklagte einräumt, daß er verpflichtet sei, an den Kläger eine Fläche von bestimmtem Inhalt abzutreten, also nur streitig ist: wo? und mit welchen Grenzen?

[3]) Cit. l. 8. pr. eod: — domino suum restitui terminosque per mensorem declarari. Die Zuziehung eines kunstverständigen Landmessers und Controlirung seines Geschäfts durch Local-Inspection gehört wesentlich zum Officium des Gerichts. Cit. l. 8. §. 1. eod.

[4]) L. 4. §. 1. eod: In judicio fin. reg. etiam ejus ratio fit, quod interest.

[5]) L. 7. eod: Integrum locum assignare compellitur. L. 4. §. 3. eod: Sed et si quis judici non pareat in succidenda arbore vel aedificio in fine posito deponendo parteve, condemnabitur. Geht die richterlich festgestellte Grenze durch ein Gebäude, so muß der Beklagte den Theil desselben, der auf dem abgetretenen Areal liegt, abräumen.

[6]) L. 4. §. 1. eod: Quid enim? Si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat. Inique damnatio eo nomine fiet. Sed et si mensor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda ejus, qui non conduxit, in partem mercedis.

dem abgetretenen Lande percipirten Früchte soll er vollständig restituiren ¹). In Betreff der Productionskosten, so wie der Meliorationen muß die Analogie der rei vindicatio zur Anwendung kommen; denn die act. fin. reg. ist pro vindicatione rei. Der Beklagte, wenn er in mala fide ist, hat auch die vor der Litiscontestation gezogenen Früchte zu restituiren. Allein diese Frage gehört nicht in das Judicium finium regundorum, ist vielmehr Gegenstand einer besonderen Condictio sine causa ²). Die act. fin. reg. soll also die rei vindicatio nur insoweit ersetzen, als Kläger auch im Falle der Vindication keine andere Klage gehabt haben würde; für diejenigen Fälle, in denen der Vindicant auch eine besondere persönliche Klage hätte anstellen können, bedurfte es keines Ersatzes durch Einführung einer neuen Klage.

§. 202.

Es ist dem Richter freigelassen, das Grundstück des Beklagten zusammen mit dem abzutretenden Terrain als res communis beider Partheien zu behandeln und mit der actio finium regundorum nach Analogie der actio communi dividundo zu verfahren. Es steht nämlich zu seinem Ermessen, dem Beklagten das von ihm abzutretende Terrain zu adjudiciren, — ganz oder theilweise, und dagegen den Beklagten zur Erstattung des Werths zu verurtheilen ³). Demnach kann der Kläger wie der Socius bei einer Communio nur den Werth des ihm fehlenden Areals verlangen; ob er

---

¹) L. 4. §. 2. eod.

²) Cit. l. 4. §. 2. in fine.

³) L. 2. §. 1. l. 3. eod. Judici finium regundorum permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat, et si forte, amovendae veteris obscuritatis gratia, per aliam regionem fines dirigere judex velit, potest hoc facere per judicationem et condemnationem. — Quo casu opus est, ut ex alterius praedio alii adjudicandum sit; quo nomine is, cui adjudicatur, certa pecunia condemnandus est.

diesen in natura oder in Form des Geldes bekommt, hängt vom richterlichen Ermessen ab. Eine solche Schlichtung des Streits erfordert die Billigkeit, wenn der Beklagte in bona fide ist, und die wirkliche Abtretung des fraglichen Terrains für ihn mit verhältnißmäßig zu großem Nachtheil verbunden sein würde. Auch die Bestimmung, daß der Beklagte nur einen Theil der Vermessungskosten tragen soll, entspringt aus diesem Gesichtspunkte. Ebenso, daß es mit dem Ersatz des Interesses nicht so genau genommen werden soll, rührt von der Auffassung der Partheien als socii her. So ist der Charakter der actio fin. regundorum aus verschiedenen Elementen zusammengesetzt, von denen jedes einzelne seine logischen Consequenzen hat.

§. 203.

Wie im Falle der Vindication eines Grundstücks, wenn zwischen den Partheien noch ein Streit um den Besitz obwaltet, der Richter zunächst die Besitzfrage zu entscheiden hat, so soll bei der actio fin. reg., wenn zwischen den Partheien noch um den Besitz gestritten wird d. h. keine factische Grenze zwischen den fraglichen Territorien als Besitz-Grenze besteht oder als solche anerkannt ist, der Richter vorläufig eine solche feststellen. Er regulirt die Grenze provisorisch (Besitz-Grenze) und demnächst definitiv (Eigenthums-Grenze[1]).

§. 204.

Wenn der Kläger pendente lite eigenmächtig das beanspruchte Terrain occupirt, so wird er wie ein Vindicant behandelt, der sich mit Umgehung des Richters eigenmächtig in Besitz seines wirklichen oder vermeintlichen Eigenthums setzt. Er verliert seinen Anspruch auf das fragliche Terrain, und muß, wenn sich ergiebt,

[1]) L. 3. C. loc. cit.

daß der Beklagte Nichts von seinem Grundstück besitzt, diesem ebensoviel abtreten, als er von dem Grundstück desselben occupirt hat[1]).

§. 205.

Die actio finium regundorum verjährt wie die rei vindicatio in 30 Jahren, gerechnet von dem Tage an, wo der Kläger sich zur Anstellung der Klage veranlaßt fühlen mußte, also wo er Kenntniß davon erhält, daß ein Theil seines Grundstücks factisch mit den seines Grenznachbarn verbunden ist[2]).

§. 206.

Die Klage, wenngleich ursprünglich pro vindicatione eingeführt, ist dennoch, nachdem sie einmal eingeführt ist, keine subsidiäre. Der Eigenthümer, welcher nicht bloß bestimmt weiß, daß und wieviel Terrain ihm fehlt, sondern auch genau anzugeben vermag, wo die Grenzlinie liegt, braucht dennoch keineswegs die rei vindicatio anzustellen; er kann statt deren sehr wohl die actio fin. reg. gebrauchen, d. h. lediglich sein Areal nach Flächeninhalt verlangen, und die Feststellung der Grenze dem Richter überlassen.

§. 207.

Wo die Grenzen der Grundstücke unter öffentlicher Autorität auf Karten verzeichnet sind, fällt die actio finium regundorum weg. Die Grenzregulirungsklage ist hier immer die rei vindicatio.

---

1) L. 4. C. eod. Vgl. l. 7. C. Unde vi (8. 4).
2) L. 6. C. fin. reg. (3. 39).

Achtzehntes Kapitel.

Zur actio negatoria.

§. 208.

Wie die rei vindicatio an sich keinen hinlänglichen Schutz des Eigenthums gewährte und daher durch die actio ad exhibendum und, für praedia rustica, durch die actio finium regundorum ergänzt werden mußte; — so gewährte auch die negatoria in rem actio keinen hinlänglichen Schutz gegen die Anmaßung von Servituten und bedurfte der Ergänzung. Bei der actio negatoria entscheidet, wie oben erörtert, über die Beweislast der Besitz. Hat sich also der, welcher sich eine Servitut anmaßt, bereits in den (Quasi-)Besitz gesetzt, so liegt dem Negatorienkläger der schwere Beweis der Negative: jus illi non esse ob. Besteht der Quasi-Besitz in einer Veränderung seines Grundstücks, so kann der Eigenthümer zwar die Entstehung eines solchen intendirten Opus durch operis novi nunciatio [1]) vorläufig verhindern. Aber dieser Act hat wesentlich die Uebernahme des Beweises: jus adversario non esse zur Folge; denn operis novi nunciatione possessorem eum facimus [2]). Um diese Rechtswirkung zu verhüten, bleibt Nichts übrig, als die Anmaßung mittelst des Interdictum Uti possidetis (per praetorem) zurückzuweisen [3]). Allein das possessorische Interdict cessirt, wenn der

---

[1]) Das heißt durch einen Protest. Vgl. unten §. 209. Note 2.

[2]) L. 1. §. 6. D. d. O. N. N. (39. 1). Vgl. cit. l. 15. eod.

[3]) L. 5. §. 10. D. eod: Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel projicere vult, melius esse eum per praetorem . . . prohibere, quam operis novi nuntiatione. Caeterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus.

belästigte Grundeigenthümer den Besitz nicht hat. Auch ist dies Interdict unpractisch, weil es rücksichtlich der Besitzfrage zu einem langwierigen Processe führen kann. Diesem Mangel ist nicht durch eine specielle Rechtsvorschrift, wohl aber durch ein allgemeineres, weit greifendes prätorisches Edict über Veränderungen mit dem Grund und Boden abgeholfen. Wer auf fremdem Grund und Boden eine Veränderung vornimmt, kann mit dem Interdictum Quod vi aut clam auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und Schadensersatz belangt werden und diese Rechtswirkung nur dadurch abwenden, daß er sich mit Caution bereit erklärt sein Recht zu beweisen [1]). Wenn dagegen Jemand mit seinem eignen Grundstück eine Veränderung vornimmt und dadurch dem benachbarten Grundstück schadet, so giebt es kein Mittel, von dem Negatorienkläger den Beweis der Negative abzuwenden. Si in suo quid faciat, quod nobis noceat, heißt es, tunc operis novi nuntiatio erit necessaria [2]). Und damit übernimmt er, wie gesagt, den Beweis des jus illi non esse. Nur in Einem Falle ist er dieses Beweises überhoben, indem statt der Negatoria eine besondere actio in personam gegeben wird, bei welcher dieser Beweis nicht erforderlich wird. Wenn ein Grundeigenthümer auf seinem Grundstücke Veränderungen mit seinem Grund und Boden trifft, wodurch der

---

[1]) Cit. l. 5. §. 10: Et si forte in nostro aliquid facere perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam — — uti. Die voraufgehende Prohibition kann symbolisch geschehen: — per manum i. e. lapilli ictum. Eod. L. 3. §. 5. eod: Si quis paratus sit, se judicio defendere adversus eos, qui interdicendum putant, ne opus fiat, an videatur desinere vi facere? Et magis est ut desinat, si modo satis offerat et defendere paratus est, si quis agat, et ita Sabinus scribit.

[2]) Cit. l. 5. §. 10. Denn: ejus est nolle, qui potest velle. Auf fremdem Gebiete hat man Nichts zu gebieten, und folglich auch Nichts zu verbieten.

Lauf des Regenwassers verändert wird, so ist dem Eigenthümer eines dadurch bedrohten Feldgrundstücks außer der generellen actio negatoria die specielle actio aquae pluviae accendae gegeben [1]) auf Wiederherstellung des früheren Zustandes.

§. 209.

Das Interdictum demolitorium auf Grund einer operis novi nunciatio und das Interdictum Quod vi aut clam auf Grund einer geschehenen Prohibition sind grundverschiedene Rechtsinstitute. Beide Interdicte haben allerdings Ein Moment gemeinschaftlich in ihrer factischen Voraussetzung: eine Veränderung mit dem Grundstück, — und denselben practischen Zweck: Wiederherstellung des früheren Zustandes. Auch berühren sie sich in der Frage: — ob nicht die denunciatio operis novi rechtlich als Prohibition zu behandeln sei, — ob nicht der, welcher eine solche Denunciation nicht respectirt, einem vi faciens gleich zu achten sei, — und fallen, da die römischen Juristen diese Frage bejahen [2]), insoweit zusammen, der-

---

[1]) L. 1. §. 17. D. d. aq. et aquae pluv. arc. (39. 3). Labeo et Cascellius ajunt', aquae quidem pluviae arcendae actionem specialem esse, de fluminibus et stillicidiis generalem, et ubique ea agi licere.

[2]) L. 5. §. 7. D. Quod vi aut clam (43. 24): Si quis, cum non denunciasset, opus se facturum, eique denunciatum esset, ne faceret, fecerit, utilius puto vi eum fecisse. (Ulpian.) Aus dieser Stelle ergiebt sich, daß die operis novi nunciatio eine der Prohibition ähnliche Willenserklärung ist; denn sonst hätte die hier ventilirte Frage gar nicht aufgeworfen werden können; andrerseits aber auch, daß beide Begriffe nicht zusammenfallen. Denn sie haben ganz verschiedene Rechtswirkungen. Vgl. cit. l. 1. §. 6. D. d. O. N. N. (39. 1). Opus novum denuntiare kann daher nichts Anderes bedeuten, als Einsprache thun, — Protest erheben: — Begriffe, die sich wenig, aber doch immerhin etwas von einem eigentlichen Verbot unterscheiden; aber mit dem Protest oder Einsprache muß nach l. 1. §. 6 cit. stets noch der Wille verbunden sein, den Beweis des jus illi non esse zu übernehmen. Nur ein solcher Protest oder eine solche Einsprache entspricht vollständig dem römischen Begriff der operis novi nunciatio.

gestalt, daß sie vollkommeu mit einander concurriren. Im Uebrigen aber haben beide Interdicte Nichts mit einander zu schaffen.

§. 210.

Die ratio der beiden Interdicte war eine völlig verschiedene. Anlangend das Eine, welches sich auf die operis novi nunciatio bezieht, so soll dem, der durch eine intendirte Veränderung mit dem Grund und Boden bedroht wird, eine schleunige Rechtshülfe gegeben werden. Es wird ihm gestattet, selbst die Rolle des Prätors zu spielen: sein Protest soll die Wirkung einer prätorischen Inhibition haben. Anstatt die Hülfe des Gerichts, wie die Regel mit sich bringt, in Anspruch zu nehmen, soll ihm ein Mittel gegeben werden, sich selbst zu helfen, — juris servandi, — damni depellendi causa[1]). Auch ist Jedem diese Befugniß gegeben, wo durch ein solches Opus die öffentliche Wohlfahrt gefährdet wird, — publici juris tuendi gratia[2]).

§. 211.

Das andere Edict stellt den allgemeinen Grundsatz auf: — Jeder, der mit dem Grund und Boden Veränderungen vornehmen will, soll dies dem, der möglicherweise Einsprache dagegen thun könnte, anzeigen[3]). Unterläßt er dies oder setzt er gar gegen ausdrückliches Verbot das Opus fort[4]), so soll dies als ein Act un-

---

[1]) L. 1. §. 19. D. d. O. N. N. (39. 1).

[3]) Cit. l. 1. §. 16. eod.

[3]) L. 5. §. 1. D. Quod vi aut clam (43. 24): — — debebit enim, et ita Labeo, et diem et horam denuntiatione complecti et ubi, et quod opus futurum sit neque perfusorie aut obscure dicere, aut denuntiare neque tam arctare adversarium, ut intra diem occurrere ad prohibendem non possit.

[4]) Cit. l. 5. §. 10. D. eod.: — in nostro aliquid facere perseverat. — — —

erlaubter Selbsthülfe, — als Versuch, sich mit Umgehung des Richters selbst Recht zu verschaffen, behandelt und mit der unbedingten Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes bestraft werden. Dem durch solches Opus Verletzten steht zu diesem Zweck das Interdictum Quod vi aut ctam zu. Per hoc occursum est callidati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur. Et parvi refert, utrum jus habuit faciendi an non; sive enim jus habuit sive non, tamen tenetur interdicto prepter quod vi aut clam fecerit; tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci [1]). Es findet auch eine Verpflichtung zum Ersatz des Interesses statt; aber ein eingetretener Schade ist keineswegs ein wesentliches Requisit des Interdictum Quod vi aut clam. Dies ergiebt sich aus obiger ratio des Edicts. Auch findet sich keine Stelle, welche dies Requisit aufstellt [2]).

§. 212.

Auch die factischen Voraussetzungen des Interdictum de opere restituendo und Quod vi aut clam wegen Ueberschreitung eines Verbots fallen nicht ganz zusammen. Die O. N. N. und das Interdictum demolitorium cessiren, wenn Bäume gefällt, Getreide abgemäht, Weinstöcke abgeschnitten sind [3]), während

---

[1]) L. 1. §. 1. §. 2. eod.

[2]) Man hat sich auf l. 7. §. 7. eod. berufen; allein daraus, daß das Interdict ausgeschlossen wird, wenn das Opus dem Gegner vortheilhaft ist, folgt noch keineswegs, daß der Kläger nur berechtigt ist, die Entfernung des Opus zu verlangen, wenn er einen Schaden beweist.

[3]) L. 1. §. 12. D. d. operis novi nunc. (39. 1): — placuit, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet, quamquam opus faciat, tamen ad hoc edictum non pertinet, quia ad ea opera, quae in solo fiunt, pertinet hoc edictum. Cfr. L. 7. §. 5. D. Quod vi aut cl: — In solo fieri accipimus, et si quid circa arbores fiat, non si quid circa fructum arborum. Es ergiebt sich, daß die Abweichung hier nur auf Praxis beruht, und ursprünglich kein Unterschied stattfand.

in allen diesen Fällen das Interdictum Quod vi aut clam competirt: ja, wenn bloß Baumzweige abgeschnitten sind, findet es statt. Wo die O. N. N. wirksam sein soll, muß es sich um eine Veränderung des Bodens, d. h. der Form des Erdreiches handeln. Fällt Jemand Bäume, so nützt die O. N. N. nicht[1]; fängt er aber an, Bäume auszuroden, so greift sie allerdings Platz.

[1]) Cit. l. 1. §. 12. eod.

Gedruckt bei E. Polz in Leipzig.

Druckfehler.

Seite	13	Note 1	statt: ἡνωμένον	lies: ἡμμένον.
=	13	= 2	statt: fecise	lies: fecisse.
=	15	= 3	statt: partes	lies: partus.
=	15	= 4	statt: § 36	lies: § 37.
=	22	= 2	statt: capientibus	lies: capientium.
=	26	= 1	statt: ad	lies: sed.
=	29	= 1	statt: glande	lies: glandis.
=	31	Zeile 4 v. u.	statt: Dazu	lies: Dabei.
=	53	= 11 v. u.	statt: sollen	lies: soll.
=	62	= 10	statt: Pächter	lies: Verpächter.
=	69	Note 2	statt: pe	lies: de.
=	73	Zeile 4 v. u.	statt: der	lies: dem.
=	76	Note 2	statt: XVII. 2	lies: XVII. 1.
=	93	Zeile 8 v. u.	statt: die	lies: der.
=	107	= 10 v. u.	statt: den	lies: dem.
=	112	= 9 v. u.	statt: (tuberna)	lies: (taberna).
=	115	Note 1	statt: § 104	lies: § 140.
=	118	Zeile 7	statt: tua	lies: tuo.
=	140	Note 2	statt: L. 34. D. d. A. R. D.	lies: L. 34. pr. D. d. A vel A. P.
=	158	Zeile 3	statt: Zweifel	lies: Zweifel [1]).
=	158	= 7	statt: regundorum	lies: regundorum [2]).
=	168	= 3	statt: Interdicte	lies: Edicte.

Mandatum

Consensualcontrakt im Gegensatz zur negotiorum gestio

Versicherungsverträge u. Form der Verbürgung

Dienstleistungs Verträge